FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

De la responsabilité
et de la
réductibilité du salaire
de l'agent d'affaires
et spécialement de l'intermédiaire
en fonds de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ès-Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le 22 Juin 1934, à 14 heures

PAR

E. LE FUR

AVOCAT AU BARREAU DE LORIENT

Jury : MM. LENOAN, *Professeur, Président ;*
FROMONT, *Professeur ;*
CAVARÉ, *Professeur.*

LORIENT
Imprimerie du NOUVELLISTE
18, Place Bisson, 18

1934

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542712_0050

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

De la responsabilité
et de la
réductibilité du salaire
de l'agent d'affaires
et spécialement de l'intermédiaire
en fonds de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ès-Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le 22 Juin 1934, à 14 heures

PAR

E. LE FUR
AVOCAT AU BARREAU DE LORIENT

Jury : MM. LENOAN, *Professeur, Président ;*
FROMONT, *Professeur ;*
CAVARÉ, *Professeur.*

LORIENT
Imprimerie du NOUVELLISTE
18, Place Bisson, 18

1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEIS, MAGISTRIS ET AMICIS

LE FUR.

De la responsabilité

ET DE LA

réductibilité du salaire de l'agent d'affaires et spécialement de l'intermédiaire en fonds de commerce

TITRE PRELIMINAIRE

CHAPITRE I

NOTIONS DOCUMENTAIRES ORIGINE — HISTORIQUE

L'homme ne pouvant se suffire à lui-même et éprouvant, avec le développement du progrès, des besoins corrélatifs de plus en plus nombreux, a dû recourir aux services de personnages plus experts, d'auxiliaires spécialisés pour s'adapter aux conditions

nouvelles d'existence et pour satisfaire à ces mêmes besoins. Le phénomène d'interdépendance sociale s'est de tout temps imposé à l'individu isolé mais jamais il n'est apparu aussi apparent et impératif qu'au XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle par suite du développement économique, générateur des conséquences et des manifestations les plus diverses.

Pour faciliter les relations sociales et pour poursuivre la tractation des affaires qui ont pris de nos jours une cadence beaucoup plus rapide et un domaine plus large qu'au temps où elles étaient localisées pour le commerçant, soit dans une place qui était quelquefois le siège de grandes foires dont les plus célèbres furent les foires de Champagne et des Flandres, soit dans un territoire assez restreint comme les grandes villes du bord de la Méditerranée, au Moyen-Age, il a fallu s'adresser à des auxiliaires étrangers dont la spécialité est précisément la spéculation sur ces nécessités sociales. L'apparition de ces besoins a d'ailleurs suffi pour provoquer l'éclosion de ces personnages, toujours à l'affût des exigences nouvelles qui se manifestent pour étendre le domaine de leur spéculation et en tirer un profit. Ces auxiliaires précieux dont le nombre s'accroît sans cesse par suite de la liberté de la profession, nés du grand principe économique de la

division du travail et du développement des transactions, sont qualifiés sous le terme générique d'agents d'affaires.

De par sa nature même qui est la coopération pour telle ou telle partie à la gestion des affaires de chacun, cette profession était naturellement appelée à un grand développement partout où l'activité sociale prenait de l'extension et à toute époque où le commerce a connu quelque prospérité.

A Rome, ces intermédiaires portaient le nom de proxénètes. Ce terme d'ailleurs n'impliquait nullement le sens péjoratif qu'on lui prête de nos jours, mais désignait simplement des intermédiaires, sans précision aucune, dont la profession était uniquement considérée comme licite. Ulpien, dans un fragment du Digeste, consacre quelques lignes fort instructives à la matière : « Est enim proxenetarum modus, qui emptionibus, ventitionibus,commerciis, contractis licitis utiles non adeo improbabili more, se exhibent. » [1] En même temps que le caractère licite de la profession est proclamé, l'utilité des intermédiaires comme courtiers et comme conseillers intimes est reconnue officiellement. Parmi les nombreuses institutions auxquelles la spéculation

(1) Digeste : De proxeneticis — Livre L — Titre XIV F : 23.

dans ce domaine donna naissance, celle des « Cognitores » et celle des « Arbitri ad fidejussores probandos » connurent le plus grand succès.

La première, de droit public, trouvait son fondement dans la nécessité pour chacun d'être exactement renseigné sur la solvabilité de certains citoyens, notamment des candidats aux fonctions municipales comportant le maniement des deniers publics et des adjudicataires aux enchères de la ferme des impôts. Ces débiteurs devaient fournir en garantie des « proedes » ou cautions personnelles et des « proedia » ou fonds de terre. « Les Cognitores » devaient certifier sous leur responsabilité personnelle que les fonds donnés en garantie par le débiteur appartenaient bien à celui-ci et qu'ils représentaient la valeur déclarée par le débiteur.

Les « arbitri ad fidejussores probandos » devaient au contraire apprécier la solvabilité des cautions personnelles fournies par un débiteur quelconque, en cas de contestations sur la valeur de ces cautions, sans d'ailleurs engager leur responsabilité. Ils rappellent nos experts modernes nommés par les tribunaux de commerce. Ces deux institutions semblent les lointains ancêtres de nos agences de renseignements modernes.

En France, ce n'est guère qu'après l'époque des Croisades que le commerce acquit un certain développement et que l'institution des intermédiaires fit ses premières apparitions. Les actes de courtage et le placement d'ouvriers et de servants présentèrent le premier terrain à la spéculation. Les « Coraterii » ou les « Courretiers », comme on les appela plus tard, furent l'objet d'une règlementation étroite et la profession de Courretier fut érigée en office sous Charles IX. Le nombre en était limité à huit à Paris et douze à Lyon [1]. L'industrie des placeurs, au contraire, fut laissée libre en principe, mais devant le grand développement qu'elle prit au XIV^e^ siècle et les nombreux abus de la part des placeuses (c'étaient des femmes qui exerçaient le métier). Jean Le Bon crut devoir, dans la grande odonnance de police des Arts et Métiers, en règlementer le salaire payable moitié par le patron, moitié par l'ouvrier.

Ces bureaux de placement connurent, au XIV^e^ siècle, un succès considérable, mais bientôt la concurrence sans merci de l'institution du Campagnonnage et l'hostilité des Corporations, désireuses de recruter elles-mêmes le personnel nécessaire à leur industrie, rendit leur existence précaire.

D'ailleurs, le commerce à cette époque ne pouvait

---

(1) A. Fabre. Des Courtiers Tome I.

prendre tout son essor par suite des idées sociales en cours et de l'organisation juridique des biens : d'une part, le commerce était regardé comme un acte avilissant toute personne qui s'y livrait et les classes aristocratiques se gardaient bien d'enfreindre ces principes. D'autre part, toute la richesse de la nation consistait en biens immeubles qui, de par leur nature même, se prêtent moins aisément aux transactions.

Au début du XVII[e] siècle, le commerce est l'objet de quelques faveurs. Déjà en 1556, Charles IX accorde des lettres de patente à des nobles, leur permettant désormais de déroger aux idées en cours. Un des esprits les plus observateurs du XVI[e] siècle, Montaigne, en 1580, déplore en ces termes l'absence des agents d'affaires : « Feu mon père, homme pour n'estre aidé que de l'expérience et du naturel, d'un jugement bien net, m'a dict autrefois qu'il avait désiré mettre en train qu'il y eust ez villes certain lieu désigné auxquels ceux qui auraient besoin de quelque chose se peussent rendre, et faire enregistrer leurs actes par un officier estably à cet effet ; comme je cherche à vendre des perles, je cherche des perles à vendre, tel veult compagnie pour aller à Paris, tel s'enquiert d'un vieux serviteur de telle qualité, tel d'un maître, tel demande un ouvrier : qui ceci, qui cela, chacun selon son besoin.

Et semble que ce moyen de nous entr'advertir apporterait non leggière commodité au commerce publicque, car à tous coups il y a des conditions qui s'entrecherchent et pour ne s'entendre laissent les hommes en extrême nécessité. » (1)

De ce malaise dans les relations sociales de l'époque où le commerce commençait à prendre un essor inconnu aux siècles précédents devait sortir, quelque cinquante ans plus tard, une agence d'affaires universelle dit « Bureau d'Adresses et Rencontres » dont la création, d'ailleurs favorisée par l'agrément royal, est due à un esprit inventif, Théophraste Renaudot, médecin de Louis XIII et fondateur de la « Gazette de France » en 1631, le premier journal qui ait paru en France. Installé rue de la Calandre, près du Palais, en 1630, il s'adressait au public dans les termes suivants : « De par le Roy on fait assavoir à toute personne qui voudrait vendre, achepter, louer, permuter, prester, apprendre, enseigner aux maistres qui veulent prendre serviteur et à ceux qui cherchent condition pour servir en quelque qualité que ce soit, à ceux qui auront les lieux, commodités et industries propres pour être employées à quelqu'une des choses

(1) Montaigne : Essais, Livre I, chapitre XXIV.

mentionnées au présent livre, ou qui auront d'autres advis à donner ou recevoir, pour toutes sortes d'affaires, négoces et commodités quelconques, qu'ils y seront reçus indifféremment sans qu'on y préfère ou favorise aucun aultre que celuy qui fera la condition du public meilleure, et qu'ils se pourront adresser au bureau estably par Sa Majesté pour la commodité publique... Le dit Bureau d'adresses se tient... à l'enseigne du Coq. » (1)

Cette agence, rendant les plus grands services, prit un développement considérable et nombreux étaient les clients qui se pressaient rue de la Calandre. Devant ce succès, l'autorité royale songea à user de l'agence de Renaudot comme d'un organe de surveillance et de police. Par une ordonnance, le roi astreignit les étrangers, venant à Paris pour y chercher condition, à s'inscrire au bureau d'adresses. La sanction envers tout contrevenant à l'ordonnance consistait dans les peines les plus graves allant même jusqu'aux galères. Cette transformation de l'agence commerciale en organe administratif, en rouage de l'Etat, devait d'ailleurs provoquer son déclin et bientôt sa ruine.

D'ailleurs à cette époque, l'état social et écono-

---

(1) Office du travail : Le Placement, page 46.

mique du XVII[e] siècle semblait peu propice au développement de l'industrie des agents d'affaires. La propriété immobilière formait toujours presque l'unique richesse du pays et la conception du bien de famille transmis par les ancêtres exigeait impérieusement sa conservation entre les mains des descendants. D'autre part, le goût de la spéculation, la concentration du commerce entre les mains des corporations et des grandes compagnies ne suffisent pas à alimenter l'entremise des agents d'affaires.

Nous arrivons au XVIII[e] siècle dont le début fut marqué par une tentative financière qui obtint d'abord une fortune prodigieuse suivie bientôt d'un effondrement complet. Ce système était dû à un banquier Ecossais qui d'abord condamné à mort par les juges de son pays, obtint la commutation de sa peine en celle de l'internement perpétuel. Il imagina un nouveau système de crédit dû à son esprit inventif qui, selon lui, devait centupler les ressources de l'Etat en les mobilisant au moyen d'un papier-monnaie qui aurait pour garantie le produit des impôts, des fermes, des Compagnies, etc..., et qui était destiné à remplacer le numéraire insuffisant pour faciliter les relations commerciales. En 1716, le Régent, séduit par ces brillantes conceptions, crut y voir le moyen de sauver la France

de la banqueroute menaçante. Law obtint de lui le privilège d'établir une banque générale au capital de 6.000.000 de livres dans le but de faciliter le commerce avec un escompte de 1/4 pour 1000. Le papier magique enflant sans cesse de valeur, le financier fit adjoindre à sa banque diverses Compagnies, notamment celle du Mississipi et celle des Indes. Devenu ainsi maître de tous les revenus de l'Etat, il lui donna l'entreprise et en compensation obtint sa nomination de contrôleur général des Finances ; malheureusement, au lieu de servir le commerce, le système de Law ne fit qu'encourager l'agiotage : prêtres, nobles, bourgeois, artisans, tous s'élancèrent dans des spéculations effrénées. L'enivrement du succès fit exagérer le nombre des actions : la dépréciation s'ensuivit ; ni le cours forcé des billets, ni aucun autre moyen ne purent empêcher la débâcle complète. Le résultat le plus clair du système de Law fut sans doute la ruine du crédit pendant près d'un siècle et l'enrichissement des intermédiaires qui prêtèrent leurs services aux agioteurs.

Bientôt, la Révolution de 1789 vint substituer à une société fondée sur le privilège, une société où l'égalité de tous est la loi commune. Dans la fameuse nuit du 4 Août, l'Assemblée Nationale décréta l'abolition de la noblesse, du régime féodal, des titres et de

toutes les institutions portant atteinte à la liberté et à l'égalité des droits. Les biens du Clergé et de la noblesse sont mis en vente.

Par la loi du 2 Septembre 1790, la Constituante abolit l'ordre des avocats et celle du 3 Brumaire an II (article 12) supprima les avoués et les formes de procédure. Le résultat fut la multiplication des agences d'affaires : elles connurent alors une ère de prospérité d'ailleurs assez brève. Les exactions de l'ancien régime judiciaire se renouvellent par les abus commis par les agioteurs et les accapareurs. Des lois assez sévères sont votées pour réprimer leurs opérations illicites et par défiance pour les agents d'affaires, les avocats et les procureurs sont rétablis sous des noms différents. Néanmoins, l'utilité de l'industrie des intermédiaires continue à s'imposer : la vente des biens nationaux et la gestion des intérêts des partisans de l'Ancien Régime émigrés à l'étranger donnaient matière à leur entreprise.

Ils gardèrent suffisamment d'importance pour que le législateur du Code de Commerce songeât à les qualifier commerçants : « La loi répute acte de commerce toute entreprise... d'agences, bureaux d'affaires. » Pourtant, l'ère du plein épanouissement des agences n'est pas encore arrivée. La fortune immobilière, peu propice aux transactions commerciales,

continue de former la richesse principale du pays et la création des offices ministériels est destinée à pourvoir à la gestion des affaires de chacun en réclamant une spécialisation professionnelle.

Cependant, depuis le début même du XIX^e^ siècle, les grandes découvertes opèrent une transformation complète dans le régime économique et social du pays et du monde tout entier. Les relations commerciales prirent un caractère plus large, les transactions, au lieu de se restreindre soit à une ville, soit à un territoire réduit, prirent un caractère international. A l'ancienne correspondance par lettre sont venus s'ajouter le télégraphe qui permet de porter rapidement des ordres à distance et le téléphone qui met en relation directe deux individus qui peuvent ainsi discuter, dans ses moindres détails, les affaires les plus délicates et les plus complexes. Les moyens de transport eux-mêmes ont suivi le même progrès : les chemins de fer et les machines à vapeur sont venus remplacer les antiques convois de marchandises s'éternisant sur les longues routes. N'oublions pas l'automobile qui a cessé d'être un objet de luxe, pour devenir un instrument de travail.

Les liens de famille se sont relâchés : rien ne retient plus l'homme dans les limites du cercle familial ou près du clocher qui a abrité ses premières années. On va chercher au loin l'instruction, les affaires, le

plaisir et même les moyens d'existence. Les inventions nouvelles ont brisé la barrière infranchissable qui semblait borner le champ livré à l'activité humaine. La consistance de la fortune elle-même s'est totalement transformée sous l'impulsion des nouvelles nécessités économiques ; les biens meubles, se prêtant plus facilement aux mutations et plus propices à la spéculation, ont pris le pas sur les biens immeubles.

Parallèlement à cette complexité des affaires et aux applications incessantes de la loi de la division du travail s'est manifesté le développement de la concurrence : s'il se présente une affaire avantageuse, un grand nombre de candidats surgissent, et souvent c'est celui qui en a le premier vent qui en devient le bénéficiaire. Il faut une action puissante, rapide et s'exerçant sur des points multiples. C'est par une application de cette idée qu'on peut justifier la tendance actuelle des grosses maisons de commerce à entretenir un personnel parfois très nombreux, dit de représentants de commerce, directement attachés à la maison, destinés à visiter la clientèle éventuelle pour le placement de leurs marchandises. Et la nécessité de se documenter sur la solvabilité de chacun des clients avant de leur consentir crédit a donné naissance à l'agence des renseignements commerciaux.

Notons, en terminant, que les agences d'affaires jouent un rôle de complément parfois très utile dans les circonstances délicates où l'officier ministériel est limité par le cercle étroit de son monopole dont il ne saurait sortir sans enfreindre les règles professionnelles et porter atteinte à la dignité de son ministère.

Grâce à la liberté extrême dont ils jouissent, les intermédiaires peuvent facilement s'adapter aux usages nouveaux : ils peuvent, chose impossible pour les officiers ministériels, avoir des représentants, établir des succursales, en un mot adapter à leur entreprise tous les organes qui font le succès des établissements commerciaux. Aussi font-ils une redoutable concurrence aux officiers ministériels qu'ils réduisent à se confiner strictement dans les affaires qui leur sont réservées par leurs privilèges, quand ils ne poussent pas l'audace jusqu'à usurper leurs fonctions.

Chapitre II

DIVERSITÉ ACTUELLE

Il serait téméraire d'essayer de donner une énumération complète des agences d'affaires, car, à supposer qu'elle fût exacte aujourd'hui, elle risquerait fort d'être incomplète ou erronée demain. Chaque jour il s'en crée de nouvelles et, tant que le progrès ouvrira de nouvelles portes à la spéculation, se développera parallèlement l'industrie des intermédiaires.

L'extension des affaires met nécessairement en rapports constants des commerçants parfois séparés par une distance considérable qui ne possèdent aucun renseignement sur leur solvabilité respective. Consentir un crédit dans ces conditions ne va jamais sans aléa : que de faillites se déclarent chaque jour, mais ceci ne fait pas l'affaire du commerçant : c'est pourquoi il cherche à se documenter sur « la surface » de la contre-partie, sur la situation commerciale de la personne avec laquelle il cherche à entrer en relations

d'affaires. C'est en prévision de ce besoin qu'ont été créées les agences de renseignements. Le fonctionnement en est fort simple : un commerçant, avant de prendre un engagement avec tel négociant ou industriel, s'adresse à l'agence et lui demande de fournir un compte-rendu aussi exact que possible des ressources financières, de la moralité en affaires, et de la capacité professionnelle de sa contre-partie. L'agence organise une enquête par l'intermédiaire de correspondants qu'elle possède sur la place de la contre-partie. Ceux-ci se renseignent, parviennent à la connaissance de certains faits précis, acquièrent certaines appréciations tantôt auprès des voisins de la maison, tantôt auprès d'un banquier qui connaît les possibilités financières de ses clients, tantôt auprès des huissiers, mieux placés que tous autres pour connaître les difficultés libératoires de chacun, tantôt même auprès du secrétaire de mairie ou d'un ami, lorsque ce n'est pas auprès du commerçant lui-même. Les renseignements recueillis sont transmis à l'agence qui dresse ainsi « un casier commercial », des fiches de moralité commerciale dont les secrets sont communiqués au correspondant moyennant une commission d'autant plus faible ou plus forte qu'il est client abonné ou occasionnel.

C'est d'une application de ce principe qu'est

sortie une des plus grandes agences de renseignements, l'Agence Havas. (1)

Elle date de 1835 et se livrait alors à la traduction des articles parus dans la presse étrangère. Mais c'est en 1840 qu'elle commença à prendre l'extension que nous lui connaissons aujourd'hui. Alors que les dépêches restaient en souffrance par suite des imperfections du télégraphe aérien, Havas eut l'ingénieuse idée d'organiser des services réguliers, par pigeons-voyageurs entre les principales capitales de l'Europe. Jusque-là, l'Agence Havas n'était qu'un organe d'informations politiques et financières : en 1856, elle absorbe l'agence de publicité Bullier et dès lors elle vend des nouvelles à la presse contre le droit pour elle d'insérer des annonces aux dernières pages des journaux. A cette époque, elle a acquis une importance énorme. Elle possède des surccursales ou des correspondants dans les capitales et les places importantes dans le monde entier. Au Bureau central sont attachés des correspondants voyageurs prêts à partir pour tous les points où surviennent des événements intéressants. Grâce à cette organisation perfectionnée, l'agence est

(1) Voir article de M. Théry dans la grande encyclopédie de Berthelot au mot : Agence. Voir aussi dictionnaire universel Larousse au mot : Agence et thèse Roque 1902. Introduction.

à même de fournir avec rapidité et précision les renseignements les plus divers et cela avec une grande économie de frais de revient.

Elle ne se borne pas aujourd'hui à ce rôle d'information. Les opérations auxquelles elle se livre sont si diverses qu'il est impossible de caractériser sa nature par une seule épithète. Elle procure à la presse abonnée non seulement des nouvelles, mais souvent des articles de tête, des « Leaders » nuancés suivant les opinions du journal, et jusqu'à des romans inédits.

Bien plus, elle compose typographiquement ses matières pour les feuilles qui le désirent et qui se trouvent sur le parcours de trains rapides, de sorte qu'il suffit aux abonnés d'insérer les clichés tout préparés dans leur presse en y joignant simplement une chronique de l'endroit, rédigée sur place.

Elle a découvert une source de bénéfices plus originale encore ; on sait que le prix d'une dépêche de longueur minimum adressée à certaines villes éloignées est déterminée par des tarifs très onéreux. Grâce à des tableaux à divisions numérotés et dont les doubles sont entre les mains de ses correspondants, l'agence a su transmettre en dix lignes simples la description du mouvement des principales valeurs à la Bourse. De plus, elle offre aux particuliers qui sont en relations

d'affaires avec ces pays éloignés, la possibilité, en usant de tableaux conventionnels analogues, de transmettre leurs ordres dans le corps de la dépêche de l'agence. De sorte qu'en payant la plus petite somme possible pour l'envoi d'une dépêche, elle peut transmettre ses notes personnelles et celles de plusieurs particuliers dont l'ensemble représente dans dix mots le sens développé de plusieurs pages, alors qu'au moyen du procédé habituel, il faudrait, sans espoir d'agir avec plus de rapidité et de précision, dépenser une somme dix fois supérieure. (1)

Nous avons cru utile de reproduire le fonctionnement de cette agence pour donner une idée des progrès immenses réalisés par cette industrie et des inventions utiles que l'esprit de spéculation lui suggère.

Le développement des moyens de circulation n'a-t-il pas lui aussi donné naissance à cet esprit de curiosité des pays lointains et de l'étranger qui possèdent toujours pour nous quelque chose de secret et de nouveau ? Autrefois, les privilégiés de la fortune pouvaient seuls se permettre ces voyages à cause de

---

(1) Voir la description détaillée de ce service télégraphique : la grande encyclopédie de Berthelot. V. Agences — L'Almanach Hachette pour 1898, donne à la page 220, un tableau conventionnel télégraphique basé sur des principes analogues.

leur cherté même. Cet inconvénient a été prévu, et aujourd'hui des agences de voyage se sont constituées pour organiser ces promenades de touristes qui vont visiter les coins curieux et pittoresques de France, d'Italie, de nos colonies algériennes, de l'Orient... Ces visiteurs, désireux d'être tout yeux et tout oreilles aux charmes du voyage, et voulant se débarrasser de tout souci matériel pendant ce temps, s'adressent à une agence de ce genre : les prix sont indiqués d'avance, les conditions de confort sont précisées, l'horaire est prévu dans ses moindres détails depuis le jour du départ jusqu'au retour. L'entreprise possède partout des correspondants, des hôtels, des guides pour accompagner les voyageurs, et même, dit-on, ses heures d'entrée privilégiée dans nos musées et nos monuments publics. Les clients obtiennent ainsi des conditions plus avantageuses de l'agence et celle-ci à son tour bénéficie des réductions de la part des fournisseurs, auxquels elle assure un chiffre d'affaires régulier et élevé en pratiquant à l'égard des touristes le système du groupage.

Il est une variété d'agences, non des moins curieuses et des moins critiquées d'ailleurs, qui occupe à notre époque une place prépondérante. Ce sont les *Agences matrimoniales*. Les Romains pratiquaient

déjà cette industrie. Ulpien en parle à propos de la question de la validité du courtage matrimonial. Si leur nombre s'accroît tant à notre époque d'instabilité, c'est que leur existence correspond bien à un besoin réel et incontestable et que leur développement est favorisé par l'état social actuel : les relations de famille à famille sont devenues moins étroites ; dans le cercle de la famille elle-même, les liens se sont considérablement relâchés ; la famille se disloque et ses membres, de par les nécessités de la profession, restent parfois plusieurs années sans se voir. Lorsque sonne l'heure du mariage pour le candidat, bien souvent celui-ci sera incapable de trouver le parti qui convient à son caractère et à sa condition sociale dans le cercle de ses relations nécessairement assez restreint.

Sans nous attarder trop longtemps à l'examen de la question de validité du courtage matrimonial, qui ne rentre pas dans notre sujet, et si controversée dans l'histoire, nous désirons néanmoins donner un aperçu très bref de l'état de la question à l'heure actuelle. Cette industrie d'ailleurs ne date pas d'aujourd'hui ; les Romains la pratiquaient déjà et Ulpien en parlait dans le Digeste à propos de la question tant discutée à cette époque, de la validité du courtage matrimonial qu'il tranche d'ailleurs dans le sens de l'affirmative [1].

---

(1) Digeste, livre V, Titre XIV.

De nos jours, la doctrine est divisée sur la matière. La jurisprudence d'abord hésitante tend de plus en plus à condamner les conventions matrimoniales comme ayant un caractère illicite.

La Cour de Poitiers, dans un arrêt célèbre, s'appuyant sur des arguments tirés sur la morale, condamne de façon formelle toutes conventions de ce genre, sous quelque forme qu'elles se manifestent : « Au point de vue de la morale, le mariage qui est l'acte le plus important de la vie, doit en être aussi le plus sain et le plus sacré, il est du devoir de la justice de lui conserver cette pureté qui en fait le mérite et la force. Que s'il est permis à des tiers de s'interposer pour amener un rapprochement entre deux personnes que des convenances réciproques paraissent devoir unir, cette intervention, pour être morale, doit être le résultat d'une affection sincère et désintéressée. Admettre qu'il en puisse être autrement, ce serait avilir le mariage, qui deviendrait de la sorte l'objet d'une industrie et d'un trafic honteux. » (2)

Ces agences ont fait l'objet des critiques les plus variées et les plus acerbes de la part des publicistes qui n'y ont vu que des officines de prostitution dont le

(2) 9 Mars 1853. Recueil périodique de Dalloz année 1853 — 2 — 211.

rôle réel est d'extorquer le plus d'argent possible aux naïfs et d'exploiter les désillusionnés, qui sous le mot neutre d'unions, proposent des marchés dans lesquels le mariage n'a rien à voir et dont le véritable objet se laisse facilement deviner.

Ces récriminations sont quelquefois justifiées malheureusement, mais d'un exemple ou de plusieurs exemples isolés, il ne faut jamais généraliser prématurément. Il en existe dont les opérations sont loyales et honnêtes, et alors de quel droit les condamner toutes en bloc ? L'honnêteté est une vertu qui se rencontre dans toutes les professions, et alors pourquoi ne pas accorder le droit de cité aux titulaires de ces agences dont l'utilité n'a peut-être jamais été si grande ? A une époque où l'institution du mariage semble si sérieusement menacée au profit du célibat qui donne la liberté et évite la responsabilité de l'éducation et de l'entretien d'une famille, il semble opportun d'encourager les entremetteurs, à condition évidemment de permettre seulement des procédés loyaux et honnêtes. Dans le cas où les conventions entre parties subordonnent le paiement de la commission au succès, selon la Cour de Cassation elle-même, le salaire apparaît moins comme la rémunération des services que comme une prime à la réussite et l'agent sera fatalement poussé

à faire usage de tous les moyens, bons ou mauvais, pour gagner le prix de son entremise. Mais, en dehors du cas de manœuvres et de procédés dolosifs par l'agent, nous estimons que toute peine mérite salaire, basé sur son importance et sa valeur.

Les *Bureaux de placement* des ouvriers et employés, qui sont une variété d'agences d'affaires, sont peut-être ceux qui ont été l'objet des attaques les plus violentes et les plus calomnieuses, tant de la part de la Presse que des Parlementaires, à l'occasion des différents essais de réglementation administrative de leur fonctionnement. Les placeurs n'ont-ils pas été traités de « bandits qui vivent de la misère d'autrui, comme les chercheurs d'épaves vivent des naufragés et dont l'industrie n'est pour qui va au fond des choses, que le prolongement de la traite des noirs et de la traite des blanches, ou plutôt n'est que la réunion, l'addition, la synthèse de cette double traite. » (1) A la même séance, M. Coutant, député, n'allait-il pas jusqu'à affirmer à la tribune, qu'il était inique de « fonder une industrie sur un salaire qui n'est pas encore né, que c'était tuer le salaire dans son germe. » Il est facile de se rendre compte du mal fondé de

(1) Discours de M. Jules Guesde. Séance du 26 Février 1897 au Palais-Bourbon.

pareilles affirmations qui ne peuvent d'ailleurs s'expliquer que par le désir de ces détracteurs de mauvaise foi de mettre le marché de travail entre les mains des syndicats ouvriers.

De même les agences d'une compagnie d'*Assurances mutuelles* ou à prime qui se chargent de recruter des assurés et de s'occuper des affaires de ceux-ci, moyennant des remises ou des avantages déterminés, constituent de véritables agences d'affaires. Peu importe d'ailleurs que le titulaire d'une semblable agence représente plusieurs compagnies, s'il est rémunéré par ces sociétés au moyen de remises proportionnelles aux affaires par lui traitées, s'il rétribue directement ses employés et s'il occupe un local dont il paie lui-même le loyer, il n'est pas un simple commis mais un agent d'affaires. Mais il convient de remarquer que les sociétés d'assurances elles-mêmes, qu'elles soient à primes ou mutuelles, ne constituent pas des agences d'affaires, elles ne gèrent pas les intérêts de leurs assurés, mais se contentent de faire avec eux un contrat aléatoire, basé sur le calcul des probabilités.

Il est encore des agences *de révélation de succession* qui s'intéressent spécialement à la recherche de successions en deshérence et des héritiers qui ignorent l'existence d'un oncle d'Amérique richissime laissant

après lui une fortune parfois colossale qui vient faire la joie et le bonheur de ses neveux.

Cette énumération risque fort d'être un peu fastidieuse, mais il nous faut encore citer, au risque d'être incomplet, les agences de publicité, de locations, les bureaux de nourrices, les agences d'émigration et de colonisation.

Qui n'a pas entendu parler de cette curieuse variété d'agence, dite « agences de claque », qui se développent partout, principalement à Paris ? Elles sont exploitées par des industriels chargés de recruter, à la porte des théâtres, des spectateurs auxquels ils font remise du prix de leur place à conditions qu'ils manifestent durant le spectacle des sentiments d'admiration vifs et bruyants. Tout le monde connaît ces bandes enthousiastes de salariés qui embarrassent les galeries supérieures et parfois le parterre, et qui à un signal donné par leur chef, interrompent la représentation par leurs bravos et leurs aupplaudissements jusqu'au moment où un nouveau signal modère leur élan. (1)

Il est intéressant également de signaler les agences de police privée qui se chargent, contre rémunération, de faire des enquêtes sur la vie intime de certaines

(1) Voire thèse Cazagnes — 1898.

personnes avec lesquelles on peut avoir quelques intérêts à surveiller, les agences postales qui reçoivent et expédient les lettres de leurs correspondants, ou qui portent des lettres pour permettre à leurs auteurs de donner le change et de tromper les destinataires sur l'endroit où ils se trouvent (Agences Alibi).

Citons pour mémoire comme ayant qualité d'agents d'affaires : les agents qui poursuivent les affaires contentieuses près les administration publiques ou particulières ou près les tribunaux, s'annonçant à l'attention du public sous les dénominations : *Agences d'expropriation, Agences de détaxe, Bureau de contentieux* ; les agents qui défendent les intérêts des particuliers dans les assemblées de faillite et devant arbitre ; les agents qui rédigent des mémoires, donnent des conseils, et se chargent de toutes sortes de liquidations ; les agents qui gèrent les biens de plusieurs particuliers, qui se chargent du placement et du recouvrement des capitaux, de la perception de leurs rentes ou intérêts, de la vente et de l'achat d'effets publics et de créances ; les agents théâtraux, intermédiaires entre le public et le directeur de théâtre en prenant à sa charge les avantages et les risques de la location ; les directeurs d'agences de funérailles ; les entraîneurs vélocipédiques qui se chargent de l'éducation de jeunes

gens en qui ils reconnaissent des aptitudes et qu'en terme sportif on appelle « poulains ». Lorsque leurs élèves sont suffisamment entraînés, ils signent pour eux des engagements dans des courses, font l'avance des frais et le jour du succès, ils se font rémunérer en s'octroyant une quotité des prix obtenus, etc...

En résumé, il est facile de se rendre compte que le champ d'activité des agents d'affaires jouit d'une élasticité considérable d'adaptation et que cette profession est à peu près sans limites, puisque tout ce qui ne fait pas l'objet d'un monopole est de son domaine.

Nous avons omis dans cette énumération, à notre regret un peu fastidieuse, une variété d'agents d'affres : nous voulons parler des intermédiaires entre l'offre et la demande et particulièrement ceux qui s'entremettent dans les achats et dans les ventes de fonds de commerce : c'est à cette catégorie de salariés que les développements qui vont suivre seront spécialement consacrés. Nous examinerons successivement : 1°) La nature du contrat qui lie l'intermédiaire du fonds de commerce à son client ; 2°) L'étendue et les limites de sa responsabilité ; 3°) La question des salaires. Mais avant d'achever cette étude générale sur les agences d'affaires, il nous faut dire un mot du problème de ces agences devant l'opinion publique.

Chapitre III

LES AGENTS D'AFFAIRES DEVANT L'OPINION PUBLIQUE

Un article paru dans la Revue pratique du Notariat, il y a déjà un demi-siècle environ, semble avoir magistralement synthétisé les différentes accusations qui ont été formulées contre la corporation inorganisée des agents d'affaires sous la forme d'un parallèle saisissant qui ne peut manquer d'étonner personne.

« Quel est le rôle de l'agent d'affaires ? Il n'exerce pas un ministère : c'est un mandataire qui fait au besoin la chasse au mandat et prend toutes les affaires telles qu'elles se présentent, bonnes ou mauvaises, honnêtes ou véreuses. Tout lui convient, pourvu qu'il atteigne ce but : gagner de l'argent en faisant des affaires, et il en fait malgré tout... Tandis que l'agent d'affaires n'est mû que par l'appât du gain, le notaire obéit à un devoir légal, l'un pêche en

eau trouble, fait des spéculations douteuses en y engageant ceux qui s'adressent à lui ; l'autre prête son ministère en ayant soin de s'abstenir de toute opération qui pourrait entacher son honneur ou compromettre sa dignité. » (1)

On reproche souvent à l'agent d'affaires et particulièrement à l'intermédiaire en fonds de commerce d'accorder ses soins et services aux affaires litigieuses, indifféremment bonnes ou mauvaises, de présenter son affaire sous son jour le plus séduisant, sans en signaler les écueils et les inconvénients. On doit reconnaître que ce grief est en partie fondé, mais n'est-ce pas là une tendance malheureusement inhérente à la commercialité même et commune à toutes les industries dont la spéculation est à la base de leurs opérations ?

D'ailleurs l'intermédiaire n'est qu'un indicateur de fonds à vendre ; on ne saurait, au moins dans les grandes villes, lui demander de connaître à fond la situation actuelle de la valeur et les possibilités d'avenir d'un commerce qu'il se borne à signaler à son client. Du reste, celui-ci, s'il a des raisons de douter de la loyauté de son mandataire, conserve la faculté de prendre lui-même des renseignements sur place : il

(1) Revue pratique du Notariat, année 1881. Page 690.

peut lui demander la production de ses pièces, de sa comptabilité, pour se rendre compte de la valeur de l'affaire qui l'intéresse : généralement il a qualité pour faire cette estimation parce qu'il est commerçant lui-même et presque toujours de la même spécialité. Sinon il fera appel à la compétence d'un expert qui appréciera la valeur du matériel et des marchandises ; en envisageant les possibilités d'avenir de son « affaire » il se souviendra des fluctuations de la clientèle qui n'est plus, comme jadis, attachée spécialement à la maison, mais bien plutôt à l'activité et à la personnalité même de son titulaire.

Nous déplorons, malheureusement d'ailleurs, que le reproche de s'intéresser aux affaires litigieuses soit partagé par d'autres corporations que celle qui nous occupe. « Homme de loi, homme de proie », dit un brocard qui traduit bien la tendance de la malignité publique. Avocats, avoués, huissiers, magistrats même ont, à toute époque, servi de cibles à maints écrivains et parfois à de très grands.

Rabelais, Molière, La Fontaine, Racine ont excellé à ridiculiser les hommes de loi de leur époque. Déjà dans l'antiquité, Sénèque le Philosophe traduisait le rôle des avocats en quelques mots peu flatteurs qui assurément ne lui suffiraient pas aujourd'hui pour

gagner leur sympathie :

« Clamosa rabiosa fari jurgia vendunt,
Iras et verba locant ..... »

Il n'est guère plus tendre pour les avoués qu'il traite :

« Rapacissimo hominum genere » [1]

Les agents d'affaires, issus de la liberté du commerce et de l'industrie, formant une corporation dont l'accès est libre à tout venant, sans avoir à subir au préalable une épreuve d'aptitudes professionnelles, ni à fournir aucune justification d'un minimum de moralité et d'honorabilité, ne semblaient pas devoir échapper à la critique.

Les notaires eux-mêmes, contraints de subir leur concurrence redoutable et parfois acharnée, surtout dans les villes de grande importance, réduits souvent à se confiner dans les matières qui font l'objet de leur monopole, n'ont pas été les moins ardents dans la lutte. Le parallèle, entre le notaire et l'agent d'affaires, extrait de la Revue pratique du Notariat, que nous avons cité en tête de cet appendice, en est un éclatant témoignage. Il nous sera permis de douter de son exactitude et de sa parfaite corrélation avec les faits.

---

(1) Cité par Cujas. Comm in lib III. Resp. Pap. al legem, 7, mandati.

Il met en présence deux types trop absolus : l'agent d'affaires fatalement malhonnête et le notaire, observateur exact et presque servile des règles professionnelles. Si la profession d'agent d'affaires compte dans son sein des membres peu scrupuleux, il ne faut pas en déduire que la malhonnêteté soit un vice inhérent à cette profession ; de même si le notariat est une institution digne de toute estime, il n'en est pas moins vrai que des défaillances se remarquent parfois parmi ses membres, et on doit noter d'ailleurs que le nombre des déconfitures, suspensions et destitutions dans cette corporation tend à s'accroître d'année en année dans des proportions véritablement inquiétantes. « Aujourd'hui, dit M. Jolly, trop de notaires cherchent dans l'accord factice de leurs clients l'occasion d'une affaire lucrative... ce qui était l'accessoire est devenu le principal. »

Les avocats, eux non plus, ne se sont pas fait faute de prodiguer leurs attaques aux agents d'affaires. Les Conseils de leur ordre ont été d'avis que le seul fait d'avoir exercé cette profession crée pour l'avenir un obstacle à l'accès du barreau. Mais cette décision inspirée d'une défiance injuste, parce qu'elle est trop générale, et basée sur une extension abusive donnée à l'art. 42 de l'Ordonnance de 1822, n'a guère obtenu

de faveur que parmi les avocats. [1] L'avocat général, Cruppi, concluant à la Chambre des Requêtes, a adopté l'opinion inverse [2]. Au surplus, l'incompatibilité absolue et durable que les avocats s'obstinent à voir chez qui a été agent d'affaires, est si peu fondée qu'il existe des décisions en sens contraire, émanant de Conseils de l'ordre même. En 1841, « pensant qu'il a le pouvoir de rechercher l'esprit de l'article 42, a admis au tableau le sieur X... qui, après avoir exercé la profession d'agent d'affaires, avait été honoré d'une haute magistrature ». [3] Un écrivain humoristique de la fin du siècle dernier, Alphonse Karr, disait : « Un homme d'affaires est un Monsieur qui a pour état de faire ses affaires dans les vôtres. » Ce trait de satire semble bien réfléter les préjugés de l'époque qui s'attachent aux agents d'affaires professionnels que l'on dénomme vulgairement « Hommes d'affaires ». Mais il convient de remarquer, suivant nous, que le discrédit et la défaveur jetés sur les membres de cette profession ne sont que le résultat d'assimilations fâcheuses de ces derniers avec des gens

---

(1) Liouville. La profession d'avocat n° 20. Cresson. Usages. Tome I, page 107.

(2) Cassation Sirey 1896-1-169.

(3) Mollot. Règles de la profession d'avocat. Tome I. — Page 475.

peu scrupuleux qui se dissimulent sous le titre d'agents d'affaires pour n'exercer en fait que des professions innommables et pour s'occuper de tout autre chose que ce qu'annonce l'enseigne de leurs établissements.

N'avons-nous pas vu dans la presse [1] il y a quelques mois, à propos d'une retentissante affaire d'espionnage commercial, qualifier d'agents d'affaires des gens qui se livraient au démarquage de modèles de couture. Un sieur O... G... avait organisé à Paris un service d'espionnage commercial et, moyennant un prix d'abonnement, il procurait à des industriels en couture et en textiles, tant en Amérique qu'en Allemagne, en Autriche et en Suisse, toutes les idées françaises. Avant que les modèles de couture ne soient livrés, au moment de la présentation de ces modèles, une organisation de croquistes se faisant passer pour acheteurs, se glissait dans les salons de couture ; les croquis des modèles étaient répétés en de multiples exemplaires qui partaient par des courriers rapides, dans tous les pays des abonnés, et les reproductions de ces modèles étaient naturellement faites à des conditions meilleures, avec des tissus étrangers copiés sur les créations françaises. N'est-ce pas agence d'affaires

(1) Journal *Ouest-Éclair* : 6 Février 1933.

que l'on qualifiait l'officine qui organisait des adultères simulés pour permettre aux ménages désunis d'éluder commodément l'article 298 du Code civil et d'arriver ainsi sûrement au divorce ? Le même titre n'a-t-il pas été attribué à ceux qui se présentaient aux examens et notamment au baccalauréat pour le compte des candidats qui avaient de justes motifs de douter de leurs moyens ?

Enfin pourquoi ce concert unanime de récriminations acerbes est-il organisé au profit des agents d'affaires seulement dont on n'exige aucune garantie de capacité ni de moralité, nous le reconnaissons, alors que certains officiers ministériels eux-mêmes se livrent aux mêmes opérations ? Notamment les huissiers, malgré tout le crédit d'honorabilité qui s'attache à leur personne en qualité d'officiers ministériels, n'adjoignent-ils pas fréquemment un Cabinet de Recouvrement de créances litigieuses et de vente de fonds de commerce, à leurs études, au mépris le plus évident du décret du 4 Juin 1813 (Art. 41) ?

D'autre part, il est indéniable que des abus sont trop souvent commis par les agents d'affaires. Ils perçoivent des commissions parfois exagérées sur lesquelles d'ailleurs les tribunaux s'arrogent un droit de contrôle pour les réduire dans une proportion équita-

ble ; ils s'intéressent parfois à des affaires tellement suspectes que la moindre correction imposerait l'abstention.

Mais ce sont là des critiques qui ne sont justifiées qu'exceptionnellement et qui ne sauraient discréditer toute une corporation dont la mission poursuit un but éminemment licite et utile par des démarches variées et répétées. « Il est à peine besoin de faire remarquer, dit M. Poincaré, qu'il est beaucoup d'agents d'affaires honnêtes et scrupuleux, qui simplifient les affaires au lieu de les embrouiller et qui sont pour leurs clients des conseils précieux et dévoués. »

On peut donc conclure, puisque le public s'adresse fréquemment à eux et n'a pas généralement à s'en plaindre, qu'ils ne méritent pas le discrédit qu'ils subissent par le fait d'autrui.

L'exposé de ces brèves notions documentaires sur les agents d'affaires en général étant terminé, nous allons voir dans les études qui vont suivre la nature du contrat qui intervient entre l'agent d'affaires et son client, l'étendue de sa responsabilité et les modalités dont s'entoure le salaire auquel il a droit, étant bien spécifié que ces explications ne porteront que sur les intermédiaires en matière de fonds de commerce.

Chapitre IV

NATURE DU CONTRAT QUI LIE L'INTERMÉDIAIRE AU CLIENT

La doctrine est en désaccord complet sur la nature du contrat qui lie l'intermédiaire en fonds de commerce et plus généralement l'agent d'affaires à son client.

Nous allons passer en revue très brièvement les différentes théories qui ont été émises à ce sujet pour dégager le système qui nous paraîtra le plus conforme au droit, point de départ des positions que nous adopterons dans l'appréciation de la responsabilité de l'intermédiaire et de la détermination de son salaire.

Les uns découvrent dans ce contrat un louage de services, d'autres un mandat salarié, quelques-uns un contrat d'entreprise, très peu un contrat innomé tenant à la fois du mandat et du louage de services.

D'abord le contrat d'entremise se ramène-t-il, en dernière analyse, à un louage de services ?

Les auteurs sont à peu près d'accord pour définir le louage de services « un contrat par lequel une personne, employé, ouvrier, domestique, s'engage à travailler pour une autre pendant un temps déterminé, ou, le plus souvent, sans fixation de délai, moyennant une rémunération en argent fixée soit par jour, par semaine ou par mois, soit d'après le travail accompli ». Deux traits semblent donc caractériser le louage de services :

1° — Existence d'un lien de subordination dans les rapports du salarié, ouvrier, employé ou domestique avec le maître ou le patron.

2° — Existence également d'une certaine continuité de rapports entre les mêmes parties.

Il semble bien que cette double caractéristique se rencontre rarement dans le contrat qui lie l'intermédiaire à son client : celui-là au contraire jouit dans ses rapports avec son client d'une complète indépendance tant dans le choix des méthodes à employer que dans les modalités mêmes d'exécution de son travail. L'intermédiaire est une personne travaillant pour son propre compte et à ses risques et périls, mettant son activité à la disposition de ses clients sans en recevoir d'ordres ni subir de contrôle. De plus, les parties en cause ne visent nullement à établir entre elles une con-

tinuité de rapports. Quand le travail confié aux soins de l'intermédiaire ou que la négociation de l'affaire dont il aura été chargé par son client aura pris fin, tout rapport cesse entre les parties, et le client, une fois libéré de ses obligations, reprend sa liberté de s'adresser à un autre agent pour la conclusion d'une nouvelle affaire. Telle est l'antinomie la plus formelle, selon nous, qui existe entre le contrat de louage de services et le contrat d'entremise.

Mais voici une autre différence : d'une part si nous nous en tenons à la lettre même de la définition du louage de services, nous observons que le salaire est généralement proportionné au temps dépensé pour le compte du maître. Dans le contrat d'entremise, le salaire n'est jamais fonction de la durée du travail : que la négociation soit menée à bonne fin en un laps de temps très court ou qu'elle s'échelonne sur plusieurs mois, le salaire promis reste invariablement le même, au moins en théorie.

D'autre part, il semble indiscutable d'affirmer que la plupart des règles de droit établies en matière de louage de services soient intransportables dans les rapports de l'intermédiaire avec son client. La législation prévue par la loi du 9 Avril 1898 établissant le risque professionnel à la charge du patron ne saurait

être étendue au client, on ne concevrait pas que celui-ci subît les risques d'un accident survenu dans le travail dont se charge l'intermédiaire, puisqu'aucune supériorité ni maîtrise n'appartient au client vis-à-vis de l'agent et que tout le profit résultant du travail est intégralement pour l'agent qui se fait payer le montant de ses frais et honoraires.

L'article 2101 (4°) du Code civil accorde un privilège aux gens de service, l'article 549 du Code de commerce aux ouvriers et commis des commerçants, pour le paiement de leur salaire. L'intermédiaire n'a jamais été gratifié d'un pareil avantage.

Peut-on identifier le contrat d'entremise avec le contrat d'entreprise ? Les auteurs définissent celui-ci de la façon suivante : un contrat synallagmatique par lequel une des parties s'oblige à faire un travail d'ordre quelconque, comme édifier des constructions, fabriquer ou réparer un meuble, transporter des voyageurs, des marchandises, donner des soins à un malade etc... moyennant un salaire déterminé.

Notre Code civil est d'ailleurs très bref sur les contrats faits par les entrepreneurs d'ouvrage et la plupart des articles de la section des devis et marchés ne s'occupent que de l'entreprise de construction. Malgré ce laconisme vraiment regrettable, il faut voir

un entrepreneur d'ouvrage en celui dont les services ne sont pas payés suivant leur durée, mais suivant le travail à faire. « La loi, disent Baudry-Lacantinerie et Wahl, s'est placée à un point de vue beaucoup trop étroit en mentionnant ici (Art. 1787 et suiv.) uniquement les devis et marchés. Dans leur nature juridique, les contrats de ce genre ne diffèrent pas de tous les autres contrats où une personne s'engage à accomplir un travail déterminé vis-à-vis d'une autre à laquelle elle n'est pas subordonnée ». (1)

Ces principes étant posés, l'intermédiaire en fonds de commerce est-il assimilable à un entrepreneur ? Les incompatibilités signalées à propos du louage de services ne se retrouvent plus ici : l'intermédiaire comme l'entrepreneur offrent ce caractère commun d'agir avec une entière indépendance, sous leur propre responsabilité et d'exécuter le travail confié à leurs soins sans direction ni contrôle et à leurs risques et périls.

Malgré cette similitude apparente entre l'entrepreneur et l'intermédiaire, les règles juridiques sanctionnant les obligations résultant des rapports entre les parties ne sont pas les mêmes pour l'entrepreneur et pour l'intermédiaire ; voilà pourquoi, pensons-nous, il

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl du contrat de louage, tome II n° 1831.

faut rechercher un autre terrain dont la nature s'adapte mieux à la situation de notre personnage.

La grande majorité de la doctrine et la jurisprudence à l'unanimité se sont placées sur le terrain du mandat salarié pour expliquer les droits et les obligations qui naissent dans les rapports de l'intermédiaire avec son client. Qu'est-ce donc que le contrat de mandat ? Quelle est sa nature ? Peut-il s'appliquer à l'intermédiaire en fonds de commerce ?

Le dissentiment a régné et continue à régner sur la question de savoir quels sont les principes constitutifs du mandat. En quoi consiste le rôle du mandataire ? En un fait de représentation dans un acte juridique, disent les uns, en un acte quelconque de gestion, disent les autres, et ils citent des exemples : « je vous charge de surveiller ma maison durant mon absence, de cultiver mes fleurs, d'arroser mon jardin... de faire pour moi un voyage, le tout gratuitement » [1]. D'autres préconisent la distinction des actes serviles et des actes intellectuels ; en ce dernier cas seul il y aurait mandat : les médecins, les professeurs, les avocats seraient toujours des mandataires.

Pour dégager la solution qui nous semble la plus

---

(1) Demante et Colmet de Santerre. Cours analytique, tome VIII n° 201 bis.

logique et la plus conforme à la réalité, adoptons la méthode d'investigation préconisée par des hommes éminents : « c'est l'étude au point de vue économique des différentes institutions... de leur mode de fonctionnement pratique, la recherche des faits qui en dérivent ou qui en constituent la genèse, la reconstitution juridique de ces mêmes institutions, mode d'interprétation de la loi supérieure au commentaire aride des textes et qui doit compléter ce commentaire ». (1)

En droit Romain, le mandat état un « office de l'amitié » « Originem ex officio et amicita trahit » (2) Puisque telle était la nature de ce contrat, celui-ci ne pouvait être salarié, car la gratuité était seule compatible avec ces bons rapports d'affection : « Mandatum gratuitum esse debet » (3). Mais les faits vinrent bientôt battre en brèche cette conception systématique : en pratique les mandataires exigeaient de l'argent. Pour conserver au mandat son intégrité physique, les jurisconsultes Romains usèrent d'un de ces subterfuges qui leur était familier : la fiction ; ils déclarèrent que cette rémunération n'était pas une « merces » mais un

(1) Annales de droit comm. 1897, page 197. Commentaire du livre de M. Perrone. « La spirito sociologique nel diritto commerciale ».

(2) Paul. Digeste H. t. I. 4.

(3 Javolenus. Digeste H. t. 36. I.

« honor », qu'aucune action dérivant du contrat ne la sanctionnait, qu'elle n'était exigible que par le moyen extra-contractuel d'une « persecutio extraordinaria ». On décida qu'une rémunération, non à titre de paiement, mais comme témoignage de reconnaissance, pourrait être stipulée d'avance, sans que la nature du contrat se trouvât modifiée « gratia honor intervenit, erit mandati actio ». (1)

La théorie des obligations en droit romain ayant passé presque sans aucun changement dans l'Ancien Droit Français, les règles relatives au mandat obtinrent le même privilège. La gratuité formulée par les jurisconsultes romains continua à compter parmi les conditions essentielles du mandat.

Guy Coquille, logicien intransigeant, écrivait pour qualifier tout acte par son véritable nom, « les procureurs qui reçoivent salaire, et sous l'attente d'iceux s'emploient pour les parties, font un négoce qui magis spectat ad locationem operarum propter mercedem ». (2). Les mêmes principes inspirent Cujas, Serres, Bourjon, Domat et surtout Pothier, appelé à juste titre « le père du Code civil ».

---

(1) Ulpien L. 6. FF Maud.

(2) Questions et réponses sur les coutumes de France, question 197.

Ce dernier, dans son traité du contrat de Mandat, développe longuement cette idée de gratuité. « Il est de l'essence du mandat, dit-il, qu'il soit gratuit ; c'est-à-dire que le mandataire se charge, par un pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent ou quelqu'autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire ; autrement le contrat n'est pas un contrat de mandat ; c'est une autre espèce de contrat : c'est un contrat de louage, c'est « locatio operarum » [1]. Puis, dans un parallèle entre le mandat et le contrat de louage, il admet que les deux contrats peuvent impliquer un prix consistant en quelque chose ou en une somme d'argent, mais alors le contrat cesse d'être un mandat lorsque ce qui est promis n'est pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable.

Il est indéniable que l'influence de ce jurisconsulte, qui fut si grande dans nos lois, s'est fait sentir dans le contrat de mandat que nous a légué le Code civil.

Pour les magistrats chargés de présenter l'article 1896 devant le Corps Législatif et le Tribunat, l'idée

(1) Traité de contrat de Mandat. Chap. I, section 2, Art. 3, n° 22.

de gratuité continue à envelopper le contrat de mandat : « Le salaire sera d'une exacte justice toutes les fois que le mandataire n'aura pas assez de fortune pour faire à son ami le sacrifice de son temps et de ses soins... Le sacrifice sera moins un lucre qu'une indemnité » [1]. L'idée de Berlier au Corps Législatif est reproduite sous la même forme par le tribun Tarrible devant le Tribunat : « Une récompense donnée ou promise n'est jamais réputée dans ce contrat qu'une indemnité. Elle n'est point un bénéfice, elle ne change donc pas le caractère du mandat » [2].

Enfin le Tribun Bertrand de Greuille, lors de la discussion du projet devant le Corps Législatif, déclarait : « Le mandat est un échange de confiance et de bienfaisance qui a lieu entre les deux contractants. Le projet reconnaît formellement ce principe et vous ne trouverez pas qu'il en altère le sens en permettant de stipuler au profit du mandataire quelques témoignages de bienveillance... Voudrait-on humilier sa personne, dégrader ses services, en les rangeant dans la classe de ceux qu'on reçoit des mercenaires et autres salariés ? Non sans doute » [3]. En présence

(1) Fenet : recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome 14 — titre 13 — du Mandat pages 584 et 585.
(2) Fenet : « Opere citato », page 590.
(3) Fenet : Op. Cit., page 605.

de déclarations aussi nettes et unanimement exprimées par les préparateurs du Code civil, aucun doute ne peut subsister et le mandat devrait-il être classé parmi les contrats de bienfaisance.

L'article 1984, tout en reproduisant ainsi les mêmes théories que les jurisconsultes romains et ceux de l'Ancien Droit, a introduit des éléments nouveaux dans la matière. L'article 1984 qui consacre la définition du Mandat est ainsi libellé : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». D'après l'interprétation littérale de ce texte, le caractère distinctif du mandat, le différenciant nettement du contrat de travail est, non plus la gratuité du contrat ni la qualification des opérations accomplies, mais bien la représentation juridique du mandant par le mandataire.

Cette nouvelle conception de la représentation juridique avait d'ailleurs été déjà exprimée dans le rapport précité du Tribun Tarrible : « Relativement aux tiers, le mandataire, dit-il, ne traite pas de ses propres intérêts ; il ne contracte aucune obligation personnelle ; il fait l'affaire de son commettant d'après les intentions tracées dans le mandat ; il n'est que le simple organe de ce même commettant, qui demeure

seul obligé ». [1]

Et voici le passage qui règle la question de capacité exigée du mandataire : « que le mandat ait été donné à un mineur ou à un majeur, à une femme mariée ou à un homme jouissant de la plénitude de ses droits civils, la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice et la transaction relativement au commettant, seul intéressé, a toute la solidité dont elle est susceptible ». [2]

D'ailleurs le principe de la représentation n'a pas seulement été posé en exergue en tête du chapitre relatif au Mandat, le Code civil en a fait une application pratique et typique, ne laissant plus place au doute, dans l'article 1990 ainsi conçu : « les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires ». Cette anomalie serait inexplicable si le mandataire n'était pas le représentant du mandant, puisque le Code déclare la femme mariée et le mineur incapables de contracter ; il eût dérogé, sans aucune raison, à un principe fondamental dans notre droit. Par le système de la représentation du mandant par le mandataire au contraire, cette disposition, qui ne peut

(1) Fenet : Op. cit., page 595.
(2) Fenet : Op. cit., page 596.

manquer de surprendre l'esprit au premier aspect, devient très logique et facile à comprendre. Peu importe l'incapacité du mandataire, puisque ce n'est pas lui qui parle, qui agit, qui fait les offres, qui contracte ; c'est le mandant : celui-ci seul doit être capable de contracter, puisque c'est sur lui et sur lui seul que repose la construction juridique, le mandataire est « un échafaudage qui devient inutile après la construction de l'édifice ».

Enfin, nous estimons que le Code civil a formellement dérogé à l'Ancien Droit en établissant dans les articles 1986, 1992 et 1999 la compatibilité entre l'idée de mandat et celle de commercialité par la validité d'une stipulation de salaire comme dans le louage d'ouvrage. Mais alors comment différencier ces deux contrats, puisque tous les deux impliquent une prestation de faits moyennant un salaire ? Certainement pas par la distinction romaine des « artes libérales » ou travaux intellectuels et des « artes serviles » ou travaux manuels qui étaient d'ordinaire, les premiers l'apanage des professeurs, des avocats etc... et les deuxièmes le lot des esclaves ; non plus par la hiérarchisation aristocratique des professions. Ce mépris du travail manuel a depuis longtemps disparu, et tout ouvrage, quelle que soit sa nature, est entouré de la

dignité qu'il mérite. Le travail manuel, qui implique toujours d'ailleurs une participation active de l'intelligence, est quelquefois dificile à différencier du travail intellectuel. Le mandat et le louage d'ouvrage se différencieront aisément par la représentation.

Telle est, brièvement résumée, l'historique du contrat de Mandat au Code civil. Voyons quelle est la position de la doctrine et de la jurisprudence à ce sujet.

Malgré la précision de tous ces textes, certains auteurs restent fidèles au critérium de la gratuité ; d'autres à celui de la nature des services rendus. Entre autres, Troplong s'appuie sur le premier pour différencier le mandat du louage et Lyon-Caen et Renault se rallient au deuxième, c'est-à-dire à la distinction des professions libérales et des professions viles pour l'application du louage à celles-ci et du mandat à celles-là.

A part quelques dissidents isolés, il convient cependant de remarquer que la grande majorité de la doctrine souscrit au critérium de la représentation juridique du mandant par le mandataire ; le mandataire agit au nom du mandant, le représente, l'oblige envers les tiers et oblige les tiers avec lui. Baudry-Lacantinerie et Wahl ne se placent-ils pas à ce point de vue pour distinguer le mandat du louage d'ouvrage :

« le mandataire représente le mandant... c'est par là que le mandat diffère principalement du louage d'ouvrage. »

« La différence essentielle entre le louage d'ouvrage et le mandat, est que le mandataire rend des services en représentant le mandant vis-à-vis des tiers, tandis que le locateur d'ouvrages rend ces services sans la représentation. » (1)

Glasson répète la même idée : « Le mandataire, dit-il, reçoit le pouvoir de représenter le mandant à l'effet de l'obliger envers des tiers et d'obliger des tiers envers lui » (2). Généralement donc tous les auteurs sont d'accord pour affirmer que le trait distinctif et caractéristique du mandat consiste dans la fonction représentative du mandataire et certains vont même jusqu'à prétendre que ce critère est le seul qui différencie ces deux contrats.

Mais dans ce groupe de partisans de la représentation surgissent à nouveau certaines divergences secondaires sur la nature des actes accomplis par le mandataire. Pour les uns, le mandat aurait seulement pour objet l'accomplissement des actes juridiques ; si ces actes ne sont pas juridiques, nous retombons, disent-ils, dans le domaine du louage d'ouvrage. Baudry-Lacan-

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl : du Mandat n° 363 et 377.

(2) Glasson. Note D.P. 1098-2-281.

tinerie et Wahl et surtout Planiol ont illustré cette opinion. Ce dernier, essayant de synthétiser les principes constitutifs du mandat dans une définition observe son rapprochement de celle que donne du mandat l'article 1984 : « toutefois, ajoute-t-il, elle la complète en précisant qu'il s'agit d'actes juridiques et non d'actes matériels, ce qui distingue le mandat du louage de services et de l'entreprise ». (1)

D'ailleurs, cette opinion semble avoir été consacrée par un arrêt récent de la Chambre des Requêtes : « Le contrat par lequel une personne s'engage vis-à-vis d'un propriétaire de terrains à faire dans deux journaux une publicité déterminée en vue de leur vente par lotissement, en compensation de quoi ce dernier s'est obligé à transférer au premier, dans des conditions spécifiées, un nombre déterminé de mètres carrés à prendre dans les terrains mis en vente, constitue non pas un mandat, mais un contrat synallagmatique soumis aux règles générales des contrats qui font la loi des parties et ne peut être modifié par le juge. En conséquence, la publicité promise faite par le propriétaire ne peut demander la réduction des engagements qu'il a contractés en alléguant que la rémunération serait

(1) Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil français, Tome XI, Contrats civils, page 765.

excessive » [1]. Cette opinion soutenue par quelques auteurs isolés ne semble pas avoir prévalu, sans doute pour s'être par trop éloignée de la définition même donnée par le Code civil. Colin et Capitant, rejetant une opinion aussi restrictive, se prononcent pour une théorie beaucoup plus large, admettant que le mandat implique l'accomplissement d'actes juridiques ou non. A la recherche d'un critère permettant de différencier le mandat et le louage de services « d'autres enfin ont prétendu, disent-ils, que le mandat a pour objet l'accomplissement d'actes juridiques, tandis que le louage de services consiste à faire des actes non juridiques, plaider, faire les plans d'une maison, chercher un placement de fonds, etc. Cette dernière distinction ne vaut pas mieux que les précédentes. Elle est contredite par le premier alinéa de l'art. 1984 qui définit le mandat d'une façon bien plus large et dit qu'il consiste dans le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant ». [2]

Telles sont les principales opinions qui ont été émises et soutenues sur la nature du mandat et sur le critère permettant de le distinguer du contrat de louage

---

(1) Gazette du Palais 1928-2-179.

(2) Colin et Capitant. Cours élémentaire de droit civil français — 3e édition, Tome 2, page 707.

de services.

Quelle opinion allons-nous adopter en présence de tant de thèses aussi nombreuses que divergentes auxquelles sont attachés les noms les plus célèbres ? Pour cela nous allons procéder à une analyse très brève des opérations auxquelles se livre l'intermédiaire en fonds de commerce pour réaliser l'opération confiée à ses soins.

Pour parvenir à effectuer la vente dont il se charge, l'intermédiaire effectue les diligences suivantes :

1° — Il commence évidemment par se faire remettre par le cédant un bon de commission lequel contient un pouvoir de chercher un acquéreur pour le compte du client, avec promesse par ce dernier de payer une rémunération en cas de réussite seulement, le tout dans les formes suivantes :

« Je soussigné ... donne par le présent pouvoir à M. .... de rechercher un acquéreur pour mon fonds de commerce sis à .... et dans le cas où la vente serait faite par son entremise ou sur sa simple indication, je m'engage à payer à M. .... la somme de .... fixée à forfait et payable en espèces sur les premiers fonds versés ; je n'aurai rien à lui payer dans le cas contraire ». Très souvent également le taux de la commission est fixé à un tant pour cent sur le montant de

la vente et le cédant conserve la faculté de s'adresser à tels autres intermédiaires qu'il avisera.

2° — L'intermédiaire continue par étudier l'affaire à négocier confiée à ses soins pour assurer à l'acquéreur toutes les garanties voulues de sécurité sous peine d'engager sa responsabilité, croyons-nous. Il fait procéder à la reconnaissance du fonds à vendre par son vérificateur. Son négociateur accompagnera les clients acheteurs auprès du vendeur pour engager et mener à bien les pourparlers.

3° — Il ne reste à l'intermédiaire qu'à faire part de la bonne nouvelle à ses clients habituels qui peut-être s'y intéresseront et aux clients éventuels. Pour ce faire, il engage une publicité tapageuse dans les journaux d'annonces et les journaux locaux les plus lus du public, avec indication sommaire des affaires traitées par la maison, soit à la journée, soit à l'année, et des conditions générales susceptibles de donner une idée de l'importance du fonds.

4° — La publicité ayant, par hypothèse, attiré des clients dans le Cabinet de l'intermédiaire, celui-ci complète les conditions générales de la cession, leur donne quelques conseils relatifs à l'affaire et les met en relations avec le cédant auquel il les présente soit par lui-même, soit par son négociateur qui la plupart

du temps doit arracher des concessions de part et d'autre pour mener l'affaire à bonne fin. Parfois l'intermédiaire doit se contenter de remettre les nom et adresse du cédant avec lequel le client traitera directement ; parvenu à un terrain transactionnel, celui-ci chargera, soit un notaire, soit un autre agent d'affaires d'arrêter par écrit les conditions de leur convention. Dans l'hypothèse normale où l'intermédiaire lui-même rédige l'accord des parties, un compromis est rédigé par lui et signé par les parties. Il stipule la vente par le cédant à l'acheteur avec indication du prix convenu, des conditions générales de la cession et fixation de la date de prise de possession. Enfin pour garantir l'exécution du contrat intervenu, l'intermédiaire se fait consigner une certaine somme appelée « Dédit » qui reste acquise à l'acheteur si le cédant manifestait l'intention de rétracter ses engagements. Remarquons en passant que c'est sur cette somme que l'intermédiaire se fait payer sa commission.

5° — A l'échéance de la date de prise de possession, l'intermédiaire rédige les actes définitifs, opère les formalités de publicité nécessitées par la loi du 17 Mars 1909 et procède, s'il y a lieu, à la répartition du prix versé chez lui entre les créanciers opposants.

Telles sont, brièvement résumées, les péripéties de la négociation d'un fonds de commerce.

Comment qualifier ces actes accomplis par l'intermédiaire ? Quelle est la nature du contrat liant ainsi l'intermédiaire à son client ? En quelle qualité l'intermédiaire en fonds de commerce agit-il ? En qualité de mandataire ou d'entrepreneur ?

La réponse à cette question présente de nombreux intérêts, les droits et obligations de l'agent variant sensiblement selon qu'on le considère comme un mandataire ou un entrepreneur.

1° — « Lorsque le mantataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat » (Art. 2002 C. civil). Au contraire, si on assimile le contrat d'entremise à un contrat d'entreprise, la solidarité ne se présume pas, à moins qu'elle ne soit expressément stipulée, conformément à l'art. 1202 C. civil, ou que l'opération confiée à l'intermédiaire ne présente un caractère commercial, où la solidarité, nous le savons, joue en effet de droit.

2° — Au cas de mandat salarié, l'intermédiaire comme l'agent d'affaires, subit l'influence de la jurisprudence défavorable aux mandataires salariés, laquelle s'arroge le droit, malgré l'opposition de la doctrine, de

réduire le montant de la rémunération promise aux mandataires, si elle la juge hors de proportion avec les services rendus. Au cas de louage d'ouvrage, au contraire, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites conformément à l'article 1134 du Code civil et le salaire stipulé échappe à la réduction.

3° — Le mandat et le louage de services peuvent être, à volonté, résiliés par l'une ou l'autre partie. Le mandat étant résiliable « ad nutum » aux termes de l'article 2004 du Code civil, l'intermédiaire ne saurait être indemnisé du chef de la révocation, alors même que la révocation n'est justifiée par aucun motif légitime, selon sertains arrêts de la Cour de Cassation [1] s'il est assimilé à un mandataire, au moins en principe. Au contraire, la loi du 27 Décembre 1890, qui a modifié l'article 1780 du Code civil, décide que la résiliation d'un louage de services par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. Par suite l'intermédiaire, qualifié entrepreneur, obtiendrait au cas de révocation, le dédommagement de toutes les dépenses et tout le bénéfice qu'il pouvait tirer de l'opération confiée à ses soins. Cependant, la

(1) Cass. Civ. 10 Novembre 1890. D. P. 1892-1-406. — Douai 1891. D. P. 1892-2-51.

jurisprudence a, à maintes fois, admis le mandataire salarié à réclamer une indemnité si la révocation lui a causé un préjudice injuste et si elle a eu lieu d'une manière intempestive et abusive. (1)

4° — Si l'intermédiaire est tenu pour un mandataire, l'article 2000 Code civil dispose « que le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a subies à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable, en l'absence évidemment de toute convention expresse ou tacite écartant le droit à indemnité. De plus, l'intermédiaire considéré comme mandataire bénéficiera des termes de l'art. 1999 du même Code ainsi conçus : « le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se refuser de faire ces remboursement et payement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. » Dans le contrat de louage d'ouvrage, au contraire, l'intermédiaire devrait, pour obtenir une indemnité, prouver

(1) Cass. 18 Juillet 1892. D. P. 1892-1-585.
19 Novembre 1889. D. P. 1890-1-295.

l'existence d'un dommage subi ou d'une faute à la charge de son client. (1)

5° — Nous avons vu que le trait essentiel du mandat consiste dans la représentation du mandant par le mandataire. C'est donc directement dans la personne du client que les actes et agissements de l'intermédiaire trouveraient leurs effets. Les droits et les obligations contractés par ce dernier se réfléchiraient sur le mandant. Ainsi les fautes commises par lui, ses déclarations inexactes engageraient le client. En matière d'entreprise, il ne saurait évidemment être question de représentation.

6° — La capacité des parties diffère essentiellement dans le mandat et dans le louage d'ouvrage : une femme mariée ou un mineur émancipé peuvent être choisis pour mandataires, puisqu'ils ne s'obligent pas eux-mêmes ; au contraire, ces incapables ne sauraient engager leurs services sans autorisation.

7° — Le mandat finit par la mort du mandant, art. 2003 du Code civil ; le louage passe à la charge des ayants-cause du loueur.

8° — « L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des

(1) Cass. Civ. 19 Février 1923. D. P. 1925-1-129.
15 Mars 1926. D. P. 1927-1-39.

avances constatées » (art. 2001 du Code civil) ; au contraire, l'art. 1153 demeure applicable en matière de louage, l'obligation de payer les intérêts ne courant qu'à partir du jour de la sommation de payer.

9° — La loi n'a pas institué de privilèges spéciaux pour les salaires des mandataires ; au contraire, les locateurs d'ouvrage se voient attribuer des privilèges dans les articles 2101 § 4, 2102 § 3 et 6, 2103 § 4 du Code civil, 191 § 8 et 271 du Code de Commerce.

Tels sont, brièvement résumés, les différents intérêts pratiques qui s'attachent à la différenciation du contrat de mandat du contrat de louage d'ouvrage.

Selon nous, l'élément caractéristique du mandat consiste dans la fonction représentative du mandant par le mandataire pour l'accomplissement d'un acte, quelle qu'en soit la nature, juridique ou simplement matériel.

Cette interprétation n'est-elle pas la plus conforme à la définition même du mandat adopté par le Code civil dans l'article 1984 ? La preuve qu'il s'agit bien d'un mandat, c'est que l'intermédiaire agit et accomplit ces diverses diligences pour le compte du client et pour son avantage ou son préjudice. Bien plus, il engage le client par ses déclarations vraies ou

erronées. Les actes qu'il accomplit sont considérés comme ayant été faits par le client lui-même. Dans les rapports de ceux-ci et du client, la personne de l'intermédiaire disparaît comme « un échafaudage devenu inutile ». C'est là l'application très simple du vieux brocart : « qui mandat ipse fecisse videtur ».

C'est donc à l'adoption du système du mandat que nous concluons pour déterminer la nature des rapports s'établissant entre l'intermédiaire en fonds de commerce avec son client. C'est d'ailleurs l'opinion de la jurisprudence qui, adoptant une théorie très extensive du mandat, a toujours décidé que le contrat d'agent d'affaires, quelle que soit la nature des opérations conclues par son entremise, tient à l'essence du contrat de mandat.

Maintenant que nous avons pris position sur ces questions de principe, nous allons aborder l'étude pratique :

1° — De la responsabilité de l'intermédiaire en fonds de commerce.

2° — De la commission due à celui-ci en rémunération de ses services et de la théorie jurisprudentielle de la réductibilité de ses salaires.

TITRE I

RESPONSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE EN FONDS DE COMMERCE

Sauf résignation du mandat confié à ses soins pour motifs légitimes, par le fait même de l'acceptation du mandat, l'intermédiaire en fonds de commerce assume l'obligation à l'égard du client d'exécuter exactement, sans commettre de faute, la mission qu'il a acceptée : soit la vente, soit l'achat d'un fonds de commerce.

Sa responsabilité se limite-t-elle à l'égard du mandant ? Non, l'intermédiaire engage également sa responsabilité à l'égard des tiers par ses délits ou ses quasi-délits, doit réparation du préjudice par lui causé soit intentionnellement, soit involontairement.

Quel est donc le fondement de cette double responsabilité ?

I. — RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

Envisageons d'abord la responsabilité de l'intermédiaire encourue par lui à l'égard de son client quant à son fondement, ses modalités et ses degrés.

Il est indéniable que les rapports respectifs de ces deux parties sont régis par les principes généraux de la responsabilité contractuelle. Nous avons conclu, en effet, à la formation d'un contrat entre l'intermédiaire et son client et nous avons précisé que, selon nous et conformément à la solution adoptée par la jurisprudence, ce contrat, en dernière analyse, tenait à la nature même du contrat de mandat salarié.

L'intermédiaire ayant accepté, généralement moyennant salaire, l'exécution du mandat, doit remplir exactement cet engagement, conformément aux principes généraux en matière de responsabilité contractuelle. Tout se passera normalement si le mandataire demeure fidèle à ses obligations. Mais que se passera-t-il donc s'il y a manquement à l'obligation contractuelle ? Nous sommes ainsi amenés à envisager le problème du fondement de la responsabilité contractuelle et de ses conditions d'existence.

« Il n'y a lieu à aucun dommage et intérêt lors-

que par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le débiteur a été empêché de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit » (Art. 1148 Code civil). Lorsque l'impossibilité d'exécuter vient d'une « cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur » (Art. 1147), l'inexécution de l'obligation et le préjudice qui en résulte pour le créancier sont un risque qu'il doit subir comme il souffre de la destruction par un fait de la nature d'un bien corporel en sa propriété, sans la faute du débiteur et avant qu'il fût mis en demeure (Art. 1302) « Res perit domino ».

Cette règle est évidemment, à priori, favorable pour le débiteur de l'obligation qu'elle semble libérer gratuitement, sans compensation pour le créancier. Pratiquement, grâce au jeu de certaines présomptions et de règles spéciales, le principe est réduit au rang d'exception : c'est au débiteur qu'il appartient de veiller à ce que rien ne vienne entraver l'exécution de son engagement et qu'au contraire tous les actes du débiteur concourent à en assurer l'exécution. Comme le dit Planiol « si chacun court les risques de sa chose, chacun est responsable de sa propre action ou inaction, et celui qui n'a pas rempli son engagement de faire ou de ne pas faire, est tenu de prouver qu'il n'est en rien fautif » [1]. Le créancier ayant donc fourni la preuve

(1) Traité pratique de droit civil par Planiol et Ripert. Tome VI. — Page 521.

de l'obligation contractée par son débiteur, c'est donc à celui-ci qu'il incombe de prouver qu'il a exécuté la promesse de faire ou de ne pas faire ou que l'inexécution est imputable à un cas fortuit ou à un cas de force majeure. S'il y a violation de l'engagement de la part du débiteur, celui-ci est présumé avoir commis une faute dont il doit réparation. A quelle idée, en définitive, se ramène cette notion de faute ?

La notion de faute ne peut se prêter à l'étreinte d'une définition étroite et absolue, valable pour tous les contrats. Dire qu'un homme a commis une faute, cela signifie qu'il a tenu une conduite contraire à celle qu'il eût du tenir, qu'il a agi ou par méchanceté, ou avec maladresse, ou avec ignorance, ou avec négligence. Or, tous ces mots comportent évidemment une idée de comparaison avec les qualités d'adresse, de prudence et d'attention abstraite. Dès lors, pour juger si un homme est en faute, il faut comparer sa conduite à celle qu'aurait été celle d'un homme adroit, prudent et soigneux, à celle qu'eut adoptée ce « bonus paterfamilias », type abstrait créé par les Romains, symbolisant un homme moyennement diligent.

La faute est tantôt intentionnelle, tantôt non intentionnelle. Cette distinction présente une grosse conséquence au point de vue de l'appréciation de la

responsabilité. Pour apprécier s'il y a faute, il faut d'abord déterminer ce à quoi le débiteur était tenu, l'étendue de l'obligation par lui contractée dans chaque espèce de contrat et même dans chaque contrat concret.

En outre, l'artice 1135 Code civil énonce une règle d'importance considérable : « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ce texte corroboré par l'art. 1134, parag. 4, précise que tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi, c'est à-dire en hommes honnêtes et consciencieux, non seulement dans leur formation, mais dans leur exécution.

Remarquons d'ailleurs que la bonne foi doit être bilatérale, c'est-à-dire exister aussi bien à l'égard du créancier que du débiteur et qu'elle atténue la responsabilité de celui-ci, quand elle ne la supprime pas, si le créancier est manifestement de mauvaise foi.

Ces notions générales étant admises, il est facile d'en déduire quelques conséquences pratiques que nous appliquerons plus tard à l'intermédiaire en fonds de commerce.

1° — Et d'abord, à qui incombe le fardeau de la preuve ? C'est peut-être à ce point de vue que les

différences entre la faute contractuelle et la faute délictuelle se manifestent le mieux. La victime du dommage doit faire la preuve de la responsabilité du tiers auquel elle l'impute. C'est l'application pure et simple du fameux principe « Actori incumbit probatio » énoncé par l'article 1315 en ces termes : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

L'administration de cette preuve sera parfois assez délicate, parce que le demandeur devra d'abord établir le préjudice subi, ensuite la faute du tiers responsable et enfin la relation de cause à effet entre le préjudice et la faute. Si la victime n'arrive pas à administrer cette triple preuve, elle échouera dans son action et le tiers devra être acquitté au bénéfice du doute.

Au contraire, dans le cas d'une obligation contractuelle, le contractant doit être « condamné à des dommages-intérêts, à raison de l'inexécution de son obligation, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y a aucune mauvaise foi de sa part » (Art. 1147). C'est donc au débiteur qu'incombe la charge de prouver le fait qu'il invoque pour échapper à la condamnation. Au con-

traire, l'auteur d'un dommage n'est pas tenu de démontrer sa non-responsabilité, c'est à la victime de prouver qu'il a commis une faute entendue dans le sens de l'article 1382.

2° — Quel sera le quantum des dommages et intérêts alloués au cas de faute contractuelle ? Pour fixer les dommages-intérêts, le juge doit tenir compte de deux éléments : la perte subie par le créancier ou « damnum emergens » et le gain dont il a été privé ou « lucrum cessans ». Toutefois la loi apporte à ce principe une double limitation.

L'article 1151 (Code civil) consacre le principe de l'exclusion du préjudice indirect : « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

Enfin, l'article 1150 précise que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Mais le dommage causé intentionnellement par le débiteur doit être réparé par lui en intégralité, quand bien même il n'en aurait pas prévu

l'étendue au jour du contrat. C'est la punition de sa mauvaise foi. Au contraire, une jurisprudence assez récente semble mettre à la charge du débiteur délictuel toutes les suites directes et indirectes de l'inexécution de la convetion.

3° — Des dommages-intérêts, alloués sous forme d'une indemnité pécuniaire, sont dûs soit pour inexécution totale, soit pour inexécution partielle, soit pour retard dans l'exécution conformément à l'article 1147. Dans les deux premiers cas, les dommages-intérêts alloués à titre de réparation du préjudice sont dits compensatoires. Au troisième cas, le retard apporté à l'exécution de son obligation par le débiteur justifie des dommages et intérêts dits moratoires, exigibles, à dater du jour où il a été mis en demeure de s'exécuter.

4° — La faute très légère, la négligence excusable n'engagent pas le débiteur de l'obligation. En effet, la loi a conservé ce type abstrait de diligence créé par les Romains dit le « Bon père de famille », qui apporte à la gestion de ses affaires l'attention et les soins qu'on rencontre chez la moyenne des hommes. Le débiteur sera seulement responsable des fautes que n'eut pas commises ce bon père de famille.

Tels sont les principes généraux en matière contractuelle. Faisons l'application de ces principes à

l'intermédiaire.

1° — Conformément au droit commun, c'est au client à établir le préjudice par lui subi et l'existence de l'obligation dont l'inexécution est imputée à l'intermédiaire, tâche généralement facilitée par l'établissement d'une preuve préconstituée. L'intermédiaire devra prouver le cas fortuit ou la forme majeure pour dégager sa responsabilité.

2° — L'intermédiaire est-il déclaré responsable à l'égard de son client des fautes plus ou moins lourdes, mais non dolosives ? Le mandataire sera condamné à des dommages et intérêts qui ne seront pas nécessairement équivalents au préjudice subi, bien au contraire, leur étendue sera calculée « d'après la volonté exprimée ou présumée des contractants, puisque c'est la volonté des parties qui a créé le rapport de droit existant entre elles ». (1)

Si l'intermédiaire au contraire s'est rendu coupable de dol ou de faute lourde assimilée au dol conformément au vieux principe romain « culpa lata dolo oequiparutur », réparation est due de toutes les suites de l'inexécution de l'obligation, à la condition bien entendu qu'elles en soient une conséquence immédiate et directe (Art. 1151. Code civil).

(1) Introduction du droit civil de Capitant, page 317.

3° — Enfin l'intermédiaire, ayant omis d'apporter à la négociation de l'affaire confiée à ses soins la diligence d'un bon père de famille, ne saurait être tenu pour responsable au-delà de ces limites. C'est ainsi, selon nous, que, s'il est chargé de vendre un fonds de commerce, il ne devra pas être tenu pour responsable si l'acquéreur qu'il présente est insolvable, à condition toutefois, que sa bonne foi soit hors de cause. Pratiquement, semble-t-il, le mandataire consciencieux et honnête se sera entouré de renseignements concernant la surface et la solvabilité de l'acheteur dont la connaissance engagera l'intermédiaire tenu à garantie.

II. — RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Envisageons maintenant la responsabilité que peut encourir l'intermédiaire vis-à-vis des tiers avec lesquels il n'est lié par aucun contrat. Ici il ne peut s'agir que de la responsabilité délictuelle dont la source se trouve dans la loi, qui vient imposer des obligations à des personnes juridiquement étrangères les unes aux autres, au nom de la moralité et du respect de l'ordre social établi.

Nous croyons, avec la majorité des auteurs, que l'appréciation des fautes doit être plus rigoureuse en

matière délictuelle qu'en matière contractuelle, parce qu'il y a dans une certaine mesure infraction à l'ordre social. Par application des articles 1382 et suivants du Code civil, l'auteur du délit supporte la réparation du préjudice total, sans qu'il y ait lieu à distinction entre la faute légère ou grave. La maxime traditionnelle « In lege Aquilia et cupa levissima venit » doit continuer de recevoir application.

La conséquence la plus intéressante en est que le tiers devra, pour triompher, apporter la triple preuve du préjudice subi, de la faute commise et de la relation de cause à effet entre le préjudice et la faute, sinon l'intermédiaire devra être déchargé de toute responsabilité.

La Cour de Cassation a, à plusieurs reprises, confirmé cette opinion en déclarant notamment « que c'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait ; que les articles 1382 et suivants demeurent sans application quand il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ; que le principe est alors posé par l'article 1137 Code civil, qui décide que le débiteur ne répond que de la faute que ne

commettrait pas un bon père de famille ». [1]

D'ailleurs, ces principes généraux en matière délictuelle sont expressément confirmés par le Code civil en matière de mandat, à l'article 1992, ainsi conçu : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ». Nous pensons, quant à nous, que l'esprit du Code tend à engager la responsabilité de l'intermédiaire pour une faute même légère, d'autant plus que, ajoute ce même article, « la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ». Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine semble confirmer expressément ce point de vue dans les termes suivants : « Le mandataire est responsable de toutes ses fautes, sans distinction, qu'il commet dans l'exercice de sa gestion, sauf au juge à appliquer plus ou moins rigoureusement cette responsabilité, suivant que le mandataire reçoit ou non un salaire ». [2]

---

(1) Civ. 6 Avril 1927. D. 1927-1-111. S. 1927-1-201, note H. Mazeaud.
Civ. 11 Janvier 1922. D. 1922-1-16. S. 1924-1-105, note Demogue.
Req. 21 Janvier 1890. D. 1891-1-380. S. 1890-1-408.

(2) Trib. Com. Seine. 23 Décembre 1911. *Gazette du Palais* 1912-1-278. Loi 16 Février 1912.

APPLICATIONS PRATIQUES

L'intermédiaire se borne-t-il à mettre en relations vendeur et acheteur, sans prendre aucun engagement de garantie à l'égard de l'une ou l'autre partie ? Il semble difficile de concevoir qu'une faute engageant sa responsabilité puisse être reprochée au mandataire : son rôle s'est borné à un simple acte matériel de recherche et de rapprochement des parties sans qu'il y ait appréciation de sa part de la contre-partie par lui présentée, ce soin étant laissé au mandant qui devra, en définitive, assumer la répercussion de sa négligence.

En revanche, l'intermédiaire eût-il garanti au vendeur la solvabilité de l'acheteur, peut-être pour décider celui-là à accepter une opération avantageuse pour lui, négociateur ? Ou bien eût-il procuré sciemment ou même par légèreté un acquéreur insolvable au vendeur ? Alors, incontestablement, il y aurait faute du mandataire qui deviendrait ainsi passible de dommages et intérêts.

Rarement l'intermédiaire se bornera à un rôle aussi effacé dans la négociation d'un fonds de commerce confiée à ses soins et se contentera de la seule commission de 5 % ou 10 % sur le prix de vente.

Presque toujours, ancien praticien lui-même, ancien officier ministériel ou tout au moins ancien clerc, au courant de la rédaction des actes et des grands principes et de la législation régissant les fonds de commerce, il se chargera de la rédaction des accords des parties et de l'accomplissement des formalités d'ailleurs assez complexes, moyennant des honoraires spéciaux qui viendront se joindre à sa commission.

Dans ce cas, le mandataire soucieux de mettre sa responsabilité à l'abri, devra s'entourer de précautions multiples et observer minutieusement les formalités légales applicables à la matière, et spécialement celle de la loi organique des fonds de commerce du 17 Mars 1909.

Avant d'entrer dans le détail des nombreuses applications pratiques de ces quelques principes, nous croyons utile, pour la bonne intelligence des observations qui vont suivre, de rappeler les grandes lignes de la législation concernant les mutations de fonds de commerce.

Les publications prescrites poursuivent un double objet :

1° — Permettre aux créanciers, au moyen d'une procédure rapide et peu coûteuse, de se faire connaître, avant la disparition d'un gage peut-être unique,

sur lequel ils ont pu compter en traitant.

2° — Permettre de faire monter le prix du fonds à la valeur qu'ils l'estiment de façon à déjouer toute fraude ou toute dissimulation, en formant la surenchère du sixième.

Aux termes de l'article 3 de la loi du 17 Mars 1909, modifié par la loi du 31 Juillet 1913, est obligatoire la publication de : « toute vente ou cession de fonds de commerce, même déguisée sous la forme d'un contrat, toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation ». Remarquons en passant qu'il faut la présence d'un élément substantiel « clientèle et achalandage », dans l'acte de vente pour qu'il y ait mutation entraînant la nécessité de publicité. La cession d'un élément séparé, tel que le droit au bail, n'est pas astreinte à la publication, même si le contrat de bail contenait une option d'achat moyennant un prix stipulé d'avance et qu'il ne contînt qu'une promesse de vente. (1) A la lecture de cette dernière observation, le profane ne manquera sans doute pas de s'étonner qu'il existe une pratique, d'ailleurs regrettable, pensons-nous, à cause de la généralisation dont elle est susceptible, aux termes de laquelle les notaires et les agents d'affaires

(1) Trib. Com. Seine. 21 Nov. 1913. La Loi du 8 Janvier 1914.

procèdent à cette publicité au cas de vente d'un élément séparé du fonds de commerce. Nous ne saurions y voir qu'une précaution surérogatoire, sans plus. Il résulte des termes de la loi que les mutations à titre gratuit, les contrats de location ou de gérance, les échanges et les attributions après un partage sont également exempts de la publication légale. Enfin les cessions par contrats, connues sous le nom de location-vente, y sont, quant à nous, astreintes, puisqu'il y est stipulé que le bail ne sera que provisoire, la propriété du fonds étant transférée au locataire au bout d'un certain temps déterminé au contrat.

La vente du fonds de commerce sera portée à la connaissance du public par la publication d'un avis ou extrait dans un journal d'annonces légales, ni certifié ni enregistré, renouvelée deux fois, à intervalles déterminés. La publication doit avoir lieu dans le délai de quinzaine à partir de la signature de l'acte énonçant :

1° — La date de l'acquisition qui donne lieu à la publication et la mention d'enregistrement ;

2° — Les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire ;

3° — La nature et le siège du fonds ;

4° — L'indication du délai fixé pour les oppositions ;

5° — Enfin une élection de domicile dans le ressort du Tribunal de Commerce où est géré le fonds.

Cette publication consiste en deux insertions dont la première sera faite au moins dans les 15 jours de la signature de l'acte ; la deuxième devra paraître du huitième au quinzième jour après la première. La sanction, en cas d'omission ou d'irrégularité des publications, n'est pas, comme on pourrait le croire, la nullité de la vente ainsi que l'avait demandé la Chambre de Commerce de Paris lors de la confection de la loi de 1909. Le législateur a seulement décidé que les paiements effectués par l'acheteur ne sont pas libératoires à l'égard des créanciers et du vendeur et que l'acheteur risque toujours d'être dépossédé par la surenchère du sixième, puisqu'il n'a pas fait courir les délais.

Dans les dix jours au plus tard, à partir de la deuxième insertion, tout créancier du précédent propriétaire peut former au domicile élu, par acte extrajudiciaire, et non par lettre recommandée, opposition au paiement du prix ; les créanciers à terme, le propriétaire bailleur du local pour les termes échus seulement, les créanciers conditionnels, les créanciers du failli malgré le dessaisissement attaché au jugement déclarant la mise en faillite, possèdent ce droit. Au

contraire, les créanciers inscrits, révélés par l'état d'inscriptions, sont dispensés de cette formalité et souvent il serait même dangereux pour leurs intérêts de se faire connaître. Notons en passant que la procédure du saisie-arrêt du droit commun fonctionne parallèlement à la procédure d'opposition de la loi de 1909 ; elle vient au secours du créancier retardataire qui pourra ainsi produire à la contribution et exercer les mêmes droits que le créancier diligent, les droits de réquisition de surenchère et de production éventuelle au supplément de prix obtenu par cette procédure étant les seules déchéances encourues par le créancier négligent.

Pour assurer au vendeur le paiement de son prix, la loi du 17 Mars 1909 lui a accordé les garanties du droit commun : a) le droit de rétention ; b) le droit de revendication, ces deux droits étant applicables seulement aux ventes au comptant ; c) le privilège du vendeur de meubles ; d) l'action résolutoire, ces deux dernières garanties s'appliquant aux ventes à termes et régies par des règles spécifiques par la loi organique des fonds de commerce.

La naissance du privilège du vendeur est subordonnée à la réunion de trois conditions : rédaction d'un acte écrit, dépôt au Greffe du Tribunal de

Commerce de l'expédition ou d'un double du contrat de vente, enfin inscription sur un des registres au Greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds vendu.

Enfin, la loi (Art. 1 al. 3) exige que des prix distincts soient établis : 1° pour les éléments incorporels du fonds ; 2° pour le matériel ; 3° pour les marchandises. L'omission de cette division des prix n'entraîne pas la nullité du privilège ; elle a seulement pour effet de le restreindre et comme il ne garantit dans ce cas que les éléments incorporels, il ne peut s'exercer que sur la somme représentative de ces mêmes éléments : le vendeur ne vient qu'en qualité de créancier chirographaire sur le prix du matériel et des marchandises.

L'inscription doit être prise dans la quinzaine de la date de signature de l'acte, délai fatal à peine de nullité absolue de l'inscription du privilège, moyennant la présentation au greffier d'un exemplaire de l'acte de vente enregistré et de deux bordereaux sur papier ordinaire. Le privilège régulièrement inscrit, crée au profit du vendeur un droit de préférence, un droit de suite, le droit de s'opposer au démembrement du fonds et celui de s'opposer à la résiliation du bail.

La loi du 17 Mars 1909 a également institué une

garantie complémentaire au profit du vendeur de fonds de commerce pour défaut de paiement de prix : c'est l'action résolutoire armée du droit de suite et susceptible d'être intentée contre tout tiers détenteur. Pour la naissance et la conservation de cette action, la vente doit avoir été constatée par acte sous seing privé ou par acte notarié et le privilège doit avoir été inscrit dans la quinzaine de la signature de l'acte ; il suffit qu'une réserve formelle ait été indiquée dans les bordereaux d'inscription du privilège du vendeur mais cette formalité est requise à peine de nullité absolue. Une inscription spéciale n'est donc pas nécessaire.

Les délais et modes d'inscription de l'action résolutoire sont identiquement les mêmes que ceux déjà indiqués pour le privilège du vendeur dont elle suit le sort, tout au moins dans les rapports du vendeur avec les sous-acquéreurs et les créanciers nantis du chef de l'acquéreur.

Enfin lorsqu'un commerçant veut emprunter une somme d'argent nécessaire à son exploitation, ou s'il veut donner une garantie, la loi de 1909 lui permet d'affecter son fonds ou partie des rouages qui composent sa maison de commerce, au remboursement de sa dette, comme il affecterait un immeuble à la sûreté d'une dette hypothécaire. Cette opération constitue le

nantissement d'un fonds de commerce, conférant aux créanciers un droit de préférence et un droit de suite. Le privilège qui naît du nantissement porte, sans aucune distinction, sur tous les éléments du fonds désignés dans l'acte, mais sur ceux-là seulement, tous les autres, non énumérés, restent étrangers à la sûreté. La loi de 1909 exige pour la naissance et la conservation du privilège de nantissement les mêmes conditions que dans la vente pour l'existence du privilège, c'est-à-dire :

1° — Rédaction d'un acte notarié ou sous seing privé.

2° — Dépôt au greffe de l'acte de nantissement, d'une expédition s'il est notarié, d'un exemplaire s'il est sous seing privé.

3° — Inscription du privilège sur un registre tenu au Greffe du Tribunal de Commerce de la situation du fonds dans la quinzaine de la signature de l'acte.

A ce sujet, lorsqu'un mandataire doit rédiger un acte constitutif de nantissement sur un hôtel à voyageurs, il doit se préoccuper de savoir s'il n'existe pas sur le mobilier un warant-hôtelier. Cette sûreté, qui consiste à donner ses meubles en gage à un prêteur tout en conservant la garde de ceux-ci dans les locaux

de l'hôtel, est constituée par la tenue au Greffe du Tribunal de Commerce d'un registre à souche, coté et paraphé, où sont énumérées toutes les mises en gage du mobilier par l'exploitant de l'hôtel. Donc, lorsqu'un mandataire doit rédiger un acte constitutif de nantissement sur un hôtel de voyageurs, il devra se préoccuper de savoir s'il n'existe pas sur le mobilier un warant-hôtelier. A cet effet, ce registre déposé au Greffe du Tribunal de Commerce n'étant pas public, en ce sens que seul l'hôtelier peut en requérir des extraits, le mandataire, rédacteur de l'acte, avant de prendre l'inscription du nantissement, se fera représenter par l'hôtelier un état des warants existant jusqu'à ce jour, sous peine de commettre une faute lourde qui engagerait gravement sa responsabilité.

Telles sont, brièvement résumées, les formalités complexes imposées par la loi du 17 Mars 1909 à l'occasion des mutations de fonds de commerce ou de constitution de privilèges et de sûreté. Elles sont nombreuses, comme nous l'avons vu, et soumises à des conditions de validité extrêmement précises et, peut-être rigoureuses, mais justifiées par la nécessité et la sécurité d'un large crédit commercial.

En tant que rédacteur de l'acte et chargé d'accomplir les formalités, l'intermédiaire en fonds de

commerce est le mandataire de l'acquéreur et souvent le mandataire simultané des deux parties. Généralement, en effet, il reçoit mandat du vendeur de prendre inscription de son privilège et parfois de faire des paiements pour son compte. Dans tous les cas, l'intermédiaire salarié, chargé de dresser l'acte de vente du fonds et de recevoir les oppositions éventuelles au prix, doit, sous peine d'engager sa responsabilité, accomplir toutes les formalités légales nécessaires pour la sauvegarde des droits de ses mandants.

Afin d'illustrer ces principes théoriques et de donner une forme concrète aux conséquences résultant des obligations à la charge de l'intermédiaire en fonds de commerce, et notamment à l'étendue de la responsabilité qu'il encourt à l'occasion de l'exécution de son mandat, nous avons jugé utile de relever un certain nombre de décisions rendues par les tribunaux relatives à cette matière. Nous empruntons autant que possible aux arrêts et jugements leurs propres termes.

PRIVILÈGE DU VENDEUR ACTION RÉSOLUTOIRE

L'intermédiaire de la vente d'un fonds de commerce est responsable de la faute qu'il commet en négligeant d'inscrire dans le délai légal le privilège du

vendeur et en réduisant les droits de celui-ci contre son acquéreur à la simple possession d'une créance personnelle d'un recouvrement difficile, alors que cet intermédiaire avait été chargé de remplir toutes les formalités légales, de recevoir les oppositions et de faire la répartition du prix ou du reliquat du prix, s'il y en avait lieu.

Le préjudice subi par le vendeur ainsi frustré de son privilège, étant égal à la différence entre l'intégralité de sa créance et la somme qu'il touchera en fin de compte comme créancier chirographaire, si cette créance est, quant à présent impossible à déterminer, il convient au cas où ce vendeur offre de subroger l'intermédiaire dans ses droits contre l'acquéreur, de condamner ce dernier à payer la totalité de ce qui reste dû sur le prix de la vente du fonds, sauf son recours contre l'acquéreur. (1)

Les intermédiaires habituels des ventes de fonds de commerce, rémunérés généralement par une commission importante, doivent accomplir pour le compte de leurs clients toutes les formalités prescrites par la loi de 1909. Ils sont donc responsables envers leurs dits clients du préjudice que peut causer à ces

(1) Trib. Com. Seine. 23 Décembre 1911. *Gazette du Palais* 1912-1-278. Loi 16 Février 1912.

derniers toute négligence dans l'accomplissement de leur mandat [1]. Ce jugement, dont la lettre semble dépasser l'esprit des autres décisions relatives à la matière, paraît mettre à la charge du mandataire toutes les obligations qui incombent aux intéressés pour la sauvegarde de leurs droits ; d'autres, au contraire, en l'absence d'un mandat formel, en ce sens, n'assignent au mandataire qu'un rôle de conseiller et ne sanctionnent ses obligations que dans cette même mesure.

Si le mandataire salarié chargé de la vente d'un fonds de commerce et des formalités s'y rattachant, est en principe responsable de la nullité de l'inscription prise tardivement par lui, il en est autrement lorsque s'agissant d'un débit de tabac, l'inscription est en tous cas nulle à raison de cette circonstance. (Lyon 20 Juin 1912. *Gaz. Palais* 1912-2-397). Nous savons, en effet, que les délais en matière d'inscription sont de rigueur et que leur inobservation est sanctionnée par la nullité absolue. L'étendue de la responsabilité de l'intermédiaire est donc identiquement la même au cas d'omission et au cas de tardiveté de ces inscriptions. Néanmoins dans l'espèce citée, il n'y a pas lieu à responsabilité, puisque le bureau de tabac, appartenant

(1) Trib. Com. Marseille. 6 Mars 1913. Rec. Marseille 1913-248.

à l'Etat, ne constituant pas un fonds de commerce, et le titulaire étant assimilé à un agent de l'administration des Contributions indirectes, n'est pas protégé par la loi de 1909, conformément d'ailleurs à une jurisprudence constante. La cession de gérance d'un bureau de tabac ne donne pas lieu à l'inscription du privilège du vendeur de la loi de 1909, y eût-il eu cession du droit au bail et de la clientèle flottante de consommateurs qu'elle procure [1]. Par voie de conséquence, un débit de tabac ne peut-il être donné en nantissement. [2]

La jurisprudence est fixée dans le même sens pour les buffets et buvettes de gare, surtout depuis l'arrêt de la Cour de Paris du 19 Mars 1923 (D. P. 1923-2-61), parce que le buffet de gare ne serait que l'accessoire d'un service public.

Si le défaut de publication ou les irrégularités de la publication lui étaient imputables, l'intermédiaire qui aurait été chargé par l'acheteur de remplir les formalités légales serait responsable envers son man-

---

(1) Paris, 21 Nov. 1853. D. P. 55-2-172. — Dijon, 21 Mars 1873. D. P. 74-5-5. — Lyon, 29 Nov. 1879. Mon. Jud. Lyon, 17 Janv. 1880. — Trib. Com. Seine, 13 Juin 1902 Gaz. des Trib. 1902, 2e sem. 2-411. — Cour de Paris, 11 Déc. 1911. Gaz. Palais 1912-2-194.

(2) Lyon, 20 Juin 1912. Mon. Jud. Lyon, 12 Sept. 1912.

dant du préjudice qu'il lui aurait causé. (Caen, 22 Mars 1905. Revue du Notariat. Art. 13.090. Trib. Toulouse, ibid, Art. 13.093).

L'agent d'affaires qui a servi d'intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce, commet une faute dans l'exécution de son mandat salarié en négligeant d'avertir l'acheteur du risque qu'il courait en payant comptant son prix, sans avoir au préalable rempli les formalités de publicité et en mentionnant faussement dans l'acte de vente préparé et rédigé par lui, que le fonds n'est grevé d'aucune inscription de privilège ou de nantissement ; il est par suite à bon droit déclaré responsable vis-à-vis de l'acheteur qui a été obligé de payer son prix une deuxième fois.

Comme rédacteur de vente, l'intermédiaire en fonds de commerce engage sa responsabilité lorsqu'il ne remplit pas les formalités légales et notamment lorsqu'il ne fait pas inscrire le privilège du vendeur (Trib. Com. Seine 23 Déc. 1911. Gaz. Palais 1912-1-278) ou lorsqu'il ne fait pas dans les délais légaux la seconde insertion prescrite par l'article 3 de la loi du 17 Mars 1909 (Trib. Com. Le Havre 29 Mars 1911. Rec. Le Havre 1911-1-153), ou lorsqu'il ne fait pas mention expresse de l'action résolutoire dans l'inscription du privilège (Trib. Seine 12 Juin 1911.

Gaz. Palais 15 Déc. 1911).

Est responsable vis-à-vis de son mandant comme n'ayant pas fait le nécessaire en temps utile pour la sauvegarde de sa créance, le mandataire, qui en cas de prêt fait en vue de l'acquisition d'un fonds de commerce, ne prend pas, malgré les engagements contractés à ce sujet, une inscription spéciale et distincte portant mention de la cession d'antériorité consentie par le vendeur du fonds au prêteur des deniers ayant servi au règlement du prix de vente. (Trib. Com. St-Etienne 5 Mars 1929. Gaz. Trib. 31 Août 1929). De même l'intermédiaire chargé de l'inscription d'un privilège est responsable de la nullité de l'inscription. (Trib. Com. Lille 15 Avril 1929. Mon. Juge paix 1929-253).

Avant d'achever l'étude du privilège du vendeur de fonds de commerce et de la responsabilité parfois très lourde qui sanctionne soit son omission, soit son irrégularité, nous croyons le moment opportun de signaler ici une pratique souvent utilisée par les agents d'affaires et qui peut être une source de graves ennuis pour ses auteurs. Voici en quoi elle consiste : les intermédiaires font signer aux parties un acte appelé « compromis » en un seul exemplaire qui reste entre leurs mains. Indépendamment de la fraude fiscale par

dissimulation d'une partie du prix que cette procédure permet de réaliser, ces intermédiaires ne font partir le délai de quinzaine que de l'acte sous seing privé, fait en double, qu'ils remettent aux parties le jour de la prise de possession. Ce procédé est dangereux, car si des présomptions graves et concordantes permettent d'établir que la vente a été conclue de façon ferme, à une date antérieure à celle portée par l'acte de vente produit, l'inscription du privilège peut être déclarée nulle comme tardive, si elle a été prise plus de quinze jours après la signature de l'acte qui a constaté l'accord des parties. Cette anomalie peut spécialement apparaître lorsque des billets, représentant le prix de vente, ont été souscrits à une date déterminée, établissant ainsi l'existence de l'accord du vendeur et de l'acheteur à cette date, sur la chose et sur le prix et que, par conséquent, la vente est ferme ; elle peut encore se traduire par le rapprochement de la date de l'acte de vente produit et de celle des publications prescrites par la loi. Si aucune résiliation n'est intervenue et qu'un acte nouveau ait été passé par la suite, il est évident qu'on ne saurait voir dans cette échappatoire autre chose que le désir du vendeur de se procurer un titre lui permettant de faire inscrire dans le délai légal son privilège, formalité qui n'avait pas

été remplie au début en temps utile. Quelques décisions judiciaires ont d'ailleurs été rendues dans ce sens. (1)

Nous ne saurions donc trop recommander aux intermédiaires de ne procéder aux publications légales, tant que le deuxième acte n'est pas signé, et surtout d'insérer dans l'acte provisoire une clause portant qu'un acte de vente définitif sera rédigé et au contraire, insérer dans le dernier acte une clause spécifiant expressément que toute convention antérieure est nulle et non avenue.

En résumé, il est de toute évidence que les obligations du mandataire sont aussi strictes que formelles pour la sauvegarde de cette première garantie du vendeur de fonds de commerce qu'est le privilège. Elles ne le sont pas moins en ce qui concerne le privilège de nantissement.

PRIVILÈGE DE NANTISSEMENT

Les décisions judiciaires à ce sujet sont moins nombreuses. Nous en citerons quelques-unes :

L'agent d'affaires qui est chargé de faire inscrire un nantissement commet une faute en n'observant pas

---

(1) Trib. Com. Seine 16 Juin 1914. Gaz. des Tribunaux 2 Août 1914.

le délai de quinzaine prévu par la loi de 1909 ; il doit réparer à l'égard de son mandant le préjudice qui résulte de cette faute. (Cour Paris 14 Avril 1932. Gaz. Palais 1932-2-187).

Un intermédiaire qui ne s'assure pas si un fonds vendu par son entremise est libre de tout nantissement engage sa responsabilité envers l'acquéreur évincé par le créancier nanti. (Paris 31 Mai 1910. Annales de Jurisprudence Pharmaceutique 1910, page 93).

Lorsque par la négligence de l'agent d'affaires intermédiaire, l'inscription de l'acte de nantissement n'a pas été prise dans la quinzaine, il doit être responsable de la nullité, alors même qu'en vertu d'un autre acte dressé pour réparer cette omission une inscription régulière aurait été prise, si la faillite du débiteur étant survenue, ce second acte a été lui-même frappé de la nullité prévue par l'article 446, C. Com., comme constituant un nantissement pour dette antérieurement contractée. (Cassation 30 Novembre 1932. Gaz. Palais 1933-1-133).

OPPOSITION AU PRIX RÉPARTITION

Un courtier intermédiaire de la vente d'un fonds

de commerce désigné comme répartiteur du prix de la vente entre les opposants, n'a pas à se faire juge de la validité de l'opposition formée par une femme commune en biens, en instance de séparation de corps ; il ne peut trancher de sa propre autorité le point de savoir si la femme commune en biens est, pendant le mariage et nonobstant une instance en divorce ou en séparation de corps, seulement créancière de ses reprises et non de sa part dans ses biens communs, notamment dans le prix de vente d'un fonds de commerce commun, si elle demeure copropriétaire des valeurs de la communauté et si la liquidation et le partage seulement détermineront ses droits. Il appartenait, en effet, au mari vendeur prévenu par le dit courtier, de se pourvoir en référé conformément à l'article 3 de la loi du 17 Mars 1909 (modifié par la loi du 31 Juillet 1913) pour obtenir l'autorisation de toucher son prix en consignant somme suffisante pour répondre éventuellement des causes de l'opposition ou pour faire annuler la dite opposition si le magistrat avait estimé qu'elle avait été faite sans titre ni cause. En tous cas, le courtier n'eût pas dû effectuer lui-même la répartition du prix en l'état d'oppositions qui débordaient dans leur ensemble le montant du prix, et aurait dû inviter les parties à faire procéder à une distribution judiciaire, après avoir déposé le prix à la

Caisse des Dépôts et Consignations. (1)

La responsabilité du courtier qui a fait acheter un fonds de commerce est engagée s'il fait une publicité non complète à raison des prescriptions de la loi du 17 Mars 1909 et surtout s'il remet au vendeur avant l'expiration des délais d'opposition le montant du prix de vente, consigné dans ses mains pour une répartition régulière. (2)

Spécialement, commet une faute engageant sa responsabilité, l'intermédiaire mandataire, salarié de l'acquéreur d'un fonds de commerce qui, selon l'usage précité, remet sommes ou billets formant le prix de vente entre les mains du mandataire du vendeur, mais néglige de prendre toutes précautions utiles en se dessaisissant de ces fonds et n'assiste pas notamment à la réunion fixée en vue de la répartition au cours de laquelle le vendeur s'est emparé par un coup de force de ces sommes ou billets, mettant ainsi obstacle à toute distribution. (3)

Selon un arrêt de la Cour de Paris (27 Décembre

---

(1) Trib. Civ. Marseille, 15 Mars 1928. Gaz. Palais 1928-2-162.

(2) Trib. Com. Marseille, 22 Septembre 1911. Rec. Marseille 1912-141.

(3) Trib. Civ. Seine, 6 Novembre 1926. Gaz. Trib. 21 Mai 1927.

1893. Gaz. Palais 1894-1-172), l'intermédiaire peut même être recherché directement par les créanciers opposants, s'il commet une faute dans la répartition du prix déposé entre ses mains, sauf son recours contre les créanciers qui ont reçu une somme plus forte que celle qui leur serait revenue dans une répartition exacte.

Et voici une espèce qui illustre magistralement les précautions minutieuses qui s'imposent à l'intermédiaire dans la distribution du prix de vente d'un fonds de commerce (Paris 19 Juin 1924. D. 1924-2-129). Le fonds de commerce exploité dans les mêmes locaux continue à exister bien que le bail en soit renouvelé. Par suite, les créanciers qui ont pris inscription au moment de l'existence du premier bail gardent le bénéfice de cette inscription contre les titulaires successifs du fonds de commerce, bien que le bail dont ceux-ci bénéficient ne soit pas le même que le premier. En conséquence, même quand les précédents propriétaires d'un fonds de commerce l'avaient exploité à une époque où existait un bail expiré depuis longtemps, l'intermédiaire de la vente du fonds, chargé de recevoir les oppositions sur le prix de vente, commet dans l'exercice de son mandat une faute dont il doit réparation si, avant de verser au vendeur le prix que lui

a remis l'acheteur, il s'est borné à requérir un état d'inscriptions du chef du précédent propriétaire, seul titulaire du bail en cours, sans s'assurer qu'il n'existait pas sur le même fonds d'autres inscriptions du chef des précédents propriétaires, titulaires de baux antérieurs.

Le préjudice causé par cette faute de l'intermédiaire consiste à avoir privé l'acheteur du fonds, d'abord de la faculté de suspendre le paiement, conformément à l'article 1653 du Code civil jusqu'à mainlevée des inscriptions et ensuite du droit d'agir utilement en garantie contre son vendeur en vertu de l'article 1626 du même Code.

Telles sont les principales circonstances où la responsabilité du mandataire se rattache spécialement à sa qualité de rédacteur de l'acte de vente. Il est possible d'envisager d'autres hypothèses, où seule l'idée de faute, même lorsque le mandataire se borne à rapprocher les parties, lui impose l'obligation de réparer le préjudice qui peut résulter pour son client d'une opération irrégulière. Le mandataire, en effet, ne doit pas se confiner à un rôle purement matériel de mise en contact du vendeur et de l'acheteur ; son rôle de conseil lui impose en outre l'obligation de s'assurer de la validité de l'opération dont il provoque la réalisation.

C'est par l'effet de ces principes qu'il est sans nul doute responsable envers l'acquéreur, s'il a négligé de lui faire connaître la précarité du titre du vendeur qui était sous le coup d'une revendication. Notons, en effet, qu'à l'instar de l'hypothèque, les privilèges du vendeur et de nantissement sont armés du droit de préférence et du droit de suite et que l'action en revendication des meubles dans les ventes au comptant s'étend sous les mêmes conditions aux fonds de commerce. Si donc, l'acquéreur vient à être inquiété ou dépossédé par un créancier de son auteur, il pourra se retourner contre l'intermédiaire, à qui incombe la réparation du préjudice subi par son client. Quelques rares décisions judiciaires ont fait application de ces principes. (1)

En effet, comme en matière de vente ordinaire, le cédant assure à l'acheteur la paisible possession du fonds vendu qu'il lui a délivré et défend, si besoin est, le droit qu'il lui a transmis. L'éviction s'entend de toute dépossession que souffre l'acheteur dans l'intégralité ou dans une partie seulement de la chose vendue, soit par suite d'une action en revendication, soit par suite

---

(1) Trib. Com. Seine 8 Juillet 1890. La loi 30 Août 1890. Trib. Com. Marseille 22 Septembre 1911. Rec. Marseille 1912-1-41.

de l'exercice du droit d'un créancier inscrit.

Pour que l'éviction donne lieu à garantie, il faut qu'elle procède d'une cause antérieure à la vente, en ce sens que cette cause devait exister non pas à l'état de germe, mais à l'état de droit acquis [1]. Ce cas se présente souvent lorsque l'acheteur aura acquis un fonds de commerce d'un autre que le véritable propriétaire qui intente une action en revendication. Le fonds de commerce, bien, meuble, mais meuble incorporel, n'est pas protégé par la maxime : « en fait de meubles, possession vaut titre ». Suivant la jurisprudence établie, seuls les meubles corporels, pour lesquels une tradition manuelle est possible, et sur lesquels des actes de possession peuvent s'exercer, sont garantis par cette maxime. L'acquéreur aura traité par exemple avec le gérant du fonds de commerce alors qu'il croyait s'adresser au véritable propriétaire : celui-ci pourra agir en revendication contre tous les acquéreurs et réclamer la nullité des ventes, quand bien même ceux-ci auraient accompli toutes les formalités de la vente de 1909. Le mandataire qui aura accordé ses soins à la conclusion d'une telle opération doit être, selon nous, déclaré passible d'un recours en garantie de la part de l'acquéreur, son mandant.

(1) Paris 16 Nov. 1898. Journ. Trib. Com. 1889-438.

Aussi dans tous les actes de vente amiable ou judiciaire, dans tous les actes de nantissement et en général dans tous les actes qui constatent une mutation de propriété d'un fonds de commerce, les intermédiaires agiront-ils sagement en établissant une origine de propriété, c'est-à-dire en indiquant de quelle manière le vendeur, l'emprunteur ou l'apporteur sont propriétaires, en vertu de quel titre, la radiation des inscriptions, s'il en existe, et en remontant jusqu'à leurs auteurs pendant une période trentenaire au moins. Si, au contraire, la création du fonds est l'œuvre même du vendeur, cette circonstance devra être indiquée dans l'acte.

Il nous reste à examiner l'hypothèse où l'intermédiaire, pour parvenir à la réalisation d'une affaire confiée à ses soins, dissimule certaines particularités ou se rend coupable de manœuvres dolosives, amenant la résiliation de la vente. Que ses réticences soient calculées ou non, le mandataire devient passible de dommages-intérêts, s'il occasionne un préjudice au vendeur. Celui-ci devient responsable de ses déclarations, puisqu'il l'a constitué son mandataire en lui donnant le pouvoir de vendre son fonds. Un recours en indemnité doit sanctionner ces fautes.

Nous savons que la vente d'un fonds de commerce

rentre dans la catégorie des contrats consensuels dont la validité est subordonnée à une volonté libre et exempte de vices. Le Code civil reconnaît trois principaux vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence.

L'erreur ne peut être une cause d'annulation du contrat que si elle porte sur la qualité substantielle du contrat de vente, sur le motif impulsif et déterminant sans lequel l'acheteur n'aurait pas traité. Ceci est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des Tribunaux. Quels éléments peut-on considérer comme essentiels dans un fonds de commerce ? Le bail assurément en est un ; aussi croyons-nous que la nullité peut être prononcée si le prix du bail déclaré à l'acheteur au moment de la vente était très inférieur au chiffre réel. C'est à bon droit qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes a annulé une vente lorsque le loyer indiqué à l'acheteur était inférieur au quart du chiffre réel [1]. A fortiori la vente devra-t-elle être déclarée nulle et inexistante si le vendeur ne possède et ne peut transmettre aucun droit au bail. [2]

Le dol est plus fréquent : il consiste en manœuvres frauduleuses qui déterminent une personne à

(1) Req. 4 Août 1875 S. 77-1-269.
(2) Nancy 13 Novembre 1912. Rec. Marseille 1912, p. 206.

traiter en lui cachant le véritable état de la chose vendue ou en exagérant démesurément ses qualités. Elles se traduisent généralement par des mensonges, réticences, dissimulation de certaines particularités défavorables à l'objet de la vente, susceptibles parfois de constituer le délit d'escroquerie, s'il y a mise en scène ou intervention de tierces personnes.

Il convient de remarquer toutefois que conformément au droit commun, le dol n'est pris en considération et n'entraîne la nullité de vente que s'il a été la cause déterminante de l'acquisition du fonds : on peut supposer qu'au moment de la vente les marchandises étaient frappées d'une saisie et que cette particularité ait été soigneusement dissimulée à l'acquéreur ou encore il peut exister entre le propriétaire de l'immeuble et le locataire un procès pour obtenir la fermeture du fonds, objet de la vente, ou enfin un procès en antériorité ou en déchéance d'un brevet vendu avec le fonds de commerce.

Assurément, le cas le plus délicat et malheureusement le plus fréquent est celui où la nullité est demandée pour exagération des bénéfices réalisés et réalisables. Notons d'abord qu'en dehors de toute clause expresse à ce sujet, l'acheteur ne peut exiger du vendeur la garantie des bénéfices ni celle des chiffres

d'affaires. Cette clause de garantie doit être exprimée formellement dans l'acte lui-même et ne saurait s'induire d'une pièce étrangère telle que correspondance. En l'absence d'une pareille clause, l'exagération des bénéfices, le fait de faire l'article, ne saurait engager la responsabilité du vendeur, à moins que les chiffres produits ne soient purement fictifs et réduits à néant. En pareil cas, l'exagération des bénéfices ne constitue qu'un dol incident. D'ailleurs, la prudence la plus élémentaire ne commande-t-elle pas à l'acheteur de vérifier les chiffres à lui soumis qui nécessairement sont toujours exagérés ? S'il ne le fait pas il doit seul subir les répercussions de sa négligence. Les décisions judiciaires prononcées en ce sens sont multiples.

Mais si à l'appui de cette exagération du chiffre d'affaires, le vendeur a recours à des manœuvres frauduleuses dans l'intention de tromper son co-contractant en le faisant croire à la réalité des chiffres annoncés, celui-ci, victime de ces machinations, peut intenter une action en nullité ou le plus fréquemment en réduction de prix. Le vendeur s'oppose par des manœuvres à une enquête menée par l'acquéreur pour se renseigner sur l'importance du fonds vendu, il y a dol principal de sa part, dol qui sera sanctionné par une action en réduction du prix. (1)

---

(1) Rouen 8 Juin 1910. Rec. Le Havre 1910-2-218.
Paris 20 Juin 1911. Gaz. du Palais 24 Nov. 1911.

Même la persistance du vendeur à refuser de divulguer à son acquéreur une partie de la clientèle peut entraîner la nullité prononcée aux torts et griefs du vendeur [1]. Cependant il a été décidé à tort, croyons-nous, par un arrêt de la Cour de Rennes que si l'article 1644 du Code civil s'applique à la vente d'un fonds de commerce, on ne saurait dire que la qualité essentielle de celui-ci est de rapporter des bénéfices et que tout fonds qui n'en rapporte pas est affecté d'un vice. [2]

Il est d'autres cas assez fréquents dans la pratique où l'acquéreur, trompé sur le mode d'exploitation du fonds ou sur l'origine des bénéfices doit être admis à réclamer une réduction de prix. Principalement dans le commerce en détail, les titulaires d'un fonds exercent à côté de leur commerce principal, d'autres entreprises connexes ou des métiers licites ou non, augmentant sérieusement le montant de leurs recettes : l'exploitant d'un café y joint quelquefois une agence occulte de paris aux courses. En pareille hypothèse, si l'acquéreur demeure étranger à ces entreprises connexes et surtout ne connaissait pas les conditions anormales

(1) Trib. Com. Coulommiers 3 Mai 1912. Gaz. Palais 11 Juin 1912.

(2) 4 Mars 1907. Gaz. des Tribunaux 1909, 1er semestre 2-82.

d'exploitation de ce fonds, il pourra réclamer des dommages-intérêts qui se traduiront par une réduction du prix de vente.

On peut citer encore d'autres exemples de manœuvres dolosives de nature à égarer le consentement d'un acquéreur éventuel, comme la falsification de la comptabilité, ou le fait d'enrôler des comparses jouant le rôle d'acheteurs complaisants. Indépendamment du délit d'escroquerie dont semblables manœuvres peuvent fournir les éléments constitutifs si elles sont accompagnées d'un acte extérieur, elles causent à l'acheteur un préjudice grave dont réparation est due.

En résumé, dans toutes ces hypothèses où il y a soit induction en erreur sur des qualités substantielles de l'objet de la vente, soit dol de la part du vendeur auquel l'intermédiaire aura complaisamment prêté sa complicité mensongère, celui-ci sera passible d'un recours en garantie solidairement avec le vendeur de la part de l'acquéreur. Aucun doute, donc au cas de connaissance parfaite des conditions de la vente par l'intermédiaire. En serait-il de même si le mandataire justifiait de sa bonne foi en prouvant qu'il est resté étranger aux machinations du vendeur ? Il y a là, selon nous, une question d'appréciation souveraine par les tribunaux, mais conformément d'ailleurs à l'orien-

tation de la jurisprudence actuelle imposant à l'agent d'affaires les obligations d'un conseil envers ses clients, cette négligence pourra être prise en considération pour diminuer le montant de la commission proportionnelle ou même forfaitaire stipulée en sa faveur.

Les intermédiaires devront donc se montrer très prudents, notamment dans la rédaction des annonces. Si le chiffre des bénéfices est exagérément surfait ou est complètement fictif, indépendamment de la justification de leur bonne foi dont ils pourront être tenus de rapporter la preuve par devant une juridiction d'instruction, ils peuvent se rendre passibles de dommages-intérêts envers la victime de leur dol, qui comprendront tout le préjudice par elle subi.

Nous ne voulons pas terminer cette étude de la responsabilité de l'intermédiaire en fonds de commerce sans envisager quelques hypothèses qui ont fait l'objet d'assez nombreuses décisions judiciaires où la responsabilité de l'intermédiaire se trouve engagée par suite des fâcheuses répercussions fiscales survenues par la négligence ou par la fraude concertée du mandataire et de son client ou de fautes graves de celui-là dans l'exécution de son mandat, notamment au cas de dissimulation et de retard dans l'enregistrement.

L'article 8 de la loi du 28 Février 1872 dispose

que les actes sous signatures privées, contenant mutation de propriété de fonds de commerce ou de clientèle, doivent être enregistrés dans les trois mois de leur date. Pratiquement, ce délai est notablement réduit, puisque l'inscription de privilège doit, à peine de nullité, être opérée dans la quinzaine de signature de l'acte : or le greffier du Tribunal de Commerce ne peut déférer à la réquisition d'inscription que si l'acte a été enregistré.

Le défaut d'enregistrement ou de déclaration et l'insuffisance même dans la déclaration sont sanctionnés par des pénalités fiscales. L'ancien et le nouveau propriétaire du fonds de commerce sont, au premier cas, tenus de l'acquittement du droit simple et d'un droit en sus ou double droit. Y a-t-il seulement insuffisance dans la déclaration ? Il y aura perception du double droit sur la portion du prix qui forme la plus-value.

L'intermédiaire, rédacteur de l'acte de vente, doit donc en définitive supporter l'acquittement de ces pénalités survenues par sa faute.

Comme rédacteur de l'acte, l'intermédiaire engage sa responsabilité s'il commet une faute préjudiciable aux parties : par exemple s'il néglige de porter l'acte à l'enregistrement dans les délais légaux il doit supporter les doubles droits d'enregistrement encourus.

Un jugement du Tribunal de Commerce du Havre adopte la même opinion dans les mêmes termes. (1) D'ailleurs, cette responsabilité n'incombe pas à l'intermédiaire en fonds de commerce seul.

Un jugement récent du Tribunal Civil de la Seine a imposé les mêmes obligations à un agent d'affaires qui a reçu mandat de faire prononcer un jugement de divorce par défaut et qui se rend passible de l'amende fiscale encourue par son client en raison de l'enregistrement tardif du jugement (2). De même un avoué engage sa responsabilité en omettant de donner à son client les renseignements utiles pour assurer l'inscription d'un jugement d'adoption sur les registres de l'état-civil, en sorte que cette adoption reste sans effets et que le client n'en supporte pas moins les droits d'enregistrement. (3)

Nous réservant de développer nos observations à la fin de cette étude sur la responsabilité de l'intermédiaire à l'occasion des dissimulations malheureusement trop fréquentes dans les actes de mutation de fonds de commerce auxquelles il accorde sa complicité ou dont il est parfois l'instigateur, nous allons envisager

---

(1) Trib. Com. Le Havre 17 Février 1897. Rec. Le Havre 1897-1-32.

(2) Trib. Civ. Seine 22 Juillet 1930. Gaz. Palais 1930-2-481.

(3) Rennes 24 Mai 1909. Gaz. Palais 1909-2-266.

quelques hypothèses où il engage sa responsabilité pour faute parfois légère commise dans l'exécution de son mandat, à raison de sa qualité de conseil de ses clients.

Au cas de cession de gérance de débit de tabac, le titulaire étant assimilé à un agent des Contributions Indirectes et soumis à l'obligation d'obtenir l'agrément préalable de l'Administration, il y a faute de l'intermédiaire négociateur de l'acte, si la cession, une fois accomplie vient à être annulée plus tard par suite du refus de la dite Administration d'agréer l'impétrant. Ainsi un jugement récent de la Cour d'Appel de Paris a décidé spécialement qu'il y a faute de la part d'un agent d'affaires qui fait profession d'intermédiaire en fonds de commerce et ne peut en conséquence ignorer les règlements concernant la gérance des débits de tabac, à mettre en rapport deux personnes en vue de la gérance avec promesse de vente d'un fonds de commerce de vins, liqueurs et tabac, sans prévoir les difficultés pouvant naître de la sous-gérance du débit de tabac, si l'autorisation de l'Administration des Contributions Indirectes n'est pas obtenue. (1)

Il ressort, en effet, de la jurisprudence la plus récente que l'intermédiaire ne doit pas se borner à un

(1) Cour d'Appel Paris 20 Juin 1931. Gaz. Palais Octobre 1931, page 471.

rôle purement matériel dans la négociation du mandat confié à ses soins, mais qu'il doit être le guide et le conseiller des clients qui s'adressent à lui. Il en résulte une aggravation des risques dont il peut être déclaré responsable.

Dans la cession de fonds de commerce, l'agent d'affaires doit être le guide et le conseiller des personnes qui sollicitent son concours et qui sont trop souvent ignorantes des formalités prescrites par la loi et des sommes qu'elles pourraient éventuellement devoir aux administrateurs de l'Etat ; il doit, non seulement remplir avec conscience leur mandat, mais également tout prévoir pour sauvegarder les intérêts de ses clients. En particulier, l'agent d'affaires qui a négocié deux ventes successives du même fonds de commerce, est responsable envers le vendeur primitif, tenu envers le Trésor de la totalité de la contribution des patentes pour l'année de vente, lorsqu'il n'a pas retenu sur le prix payé par le second acquéreur ou vendeur intermédiaire, une somme suffisante pour le paiement de la part de la contribution mise par la convention à la charge de ce vendeur intermédiaire. (1)

De même, l'intermédiaire doit réparation du

(1) Trib. Com. Lille 11 Décembre 1925. Gaz. Palais 1926-1-423.

préjudice causé à l'acquéreur, son mandant, si, chargé de la répartition du prix consigné entre ses mains, il ne s'assure pas que les charges fiscales grévant le fonds ont été préalablement acquittées. C'est à bon droit qu'un jugement du Tribunal d'Aix a décidé que si le courtier n'est en principe qu'un simple intermédiaire, chargé de rapprocher les parties, il peut aussi être investi de la mission la plus large de contrôler leurs accords et d'en assurer la bonne exécution. En pareil cas, poursuit-il, le courtier est tenu des fautes ou négligences qu'il peut commettre dans cette exécution et qui sont dommageables à l'une des parties. Par suite, lorsqu'un courtier, au lieu de se borner à mettre en présence acheteur et vendeur d'un fonds de commerce a, après avoir rédigé l'acte de vente de ce fonds, fait procéder à la publicité avec élection de domicile en son bureau et rédigé le texte même de la quittance des sommes payées, et qu'il s'est ainsi constitué le conseil et le guide de son client, il assume l'obligation de se préoccuper de toutes les formalités à accomplir pour assurer la sauvegarde des intérêts de ce dernier, et il commet une faute qui engage sa responsabilité en ne recherchant pas si les impôts grévant le fonds avaient été intégralement acquittés, de façon qu'en payant son prix, l'acquéreur soit vala-

blement libéré et au cas où le vendeur ne s'en est pas acquitté, en ne retenant pas sur l'acompte versé par l'acquéreur somme suffisante pour pourvoir au règlement des contributions arriérées.

Chargé de la répartition du prix de vente et d'effectuer paiement valable des créanciers opposants, l'intermédiaire doit, avant de se dessaisir des fonds versés entre ses mains, vérifier si le vendeur a bien qualité pour vendre et pour désintéresser partie de ses créanciers. Il a été jugé que, s'il payait les créanciers opposants, bien qu'il eût connaissance de l'état de cessation de paiement du vendeur, il serait tenu solidairement avec les créanciers qui auraient reçu paiement en connaissance de cause, au rapport des sommes indûment distribuées. (1)

Détenteur lui-même des deniers provenant de la vente, il ne jouit d'aucun privilège pour le recouvrement de sa commission. Le mandataire qui a réalisé la vente d'un fonds de commerce et a été constitué séquestre du prix doit en consigner l'intégralité et n'est pas fondé à retenir sur le prix le montant de sa commission : il n'a que le droit de produire pour ce montant lors de la répartition du prix de vente. (2)

---

(1) Paris 12 Avril 1900. Journ. Trib. Com. 1900-544.

(2) Riom 3 Mai 1920. Gaz. Palais 1920-2-481. Dalloz 1920-2-112.

Enfin, l'intermédiaire doit s'assurer des conditions de capacité que doit réunir le vendeur pour la validité de la vente, à peine d'être tenu de dommages-intérêts envers son mandant. Le mandataire, par l'intermédiaire duquel a été réalisée une vente irrégulière de biens de mineur est responsable, alors du moins que ce mandataire, négociant en biens, paraît avoir été l'animateur des diverses opérations effectuées, de l'accomplissement desquelles il retirerait un profit personnel.

En vain ferait-il état d'un acte de vente sous signatures privées des biens du mineur, destiné à demeurer secret pour éviter les droits d'enregistrement, qui le feraient apparaître comme un propriétaire intermédiaire entre le mineur et les acquéreurs figurant dans l'acte reçu par le notaire, s'il apparaît que cette vente secrète est fictive, puisque les porte-fort s'engagent à lui donner pouvoir de vendre l'immeuble et qu'elle a eu pour but principal, sinon unique, de mettre le marchand de biens à l'abri des conséquences que pourrait entraîner l'annulation de la vente irrégulière des biens du mineur. (1)

De même est entaché d'une nullité radicale en

---

(1) Besançon 23 Décembre 1931. Gaz. Palais 1933-2-32.

vertu de l'article 217 Code civil, l'achat d'un fonds de commerce effectué par une femme mariée sans le concours ni le consentement du mari dans l'acte. Les courtiers qui sont intervenus dans l'opération d'une façon continue sont , à bon droit, déclarés responsables de cette nullité conjointement et solidairement avec le vendeur. (1)

---

(1) Trib. Com. Marseille 19 Janvier 1912. Rec. Marseille 1912-1-179.

APPENDICE

RESPONSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE AU CAS DE DISSIMULATION DE PRIX DANS LES VENTES DE FONDS DE COMMERCE

La dissimulation existe lorsque les parties ont porté frauduleusement dans un écrit constatant soit une vente, soit un partage, soit un échange, un prix ou une soulte inférieurs au prix ou à la soulte convenus entre elles, le solde étant payé comptant. La dissimulation d'une partie du prix dans l'acte est donc une condition d'existence indispensable de ce délit : ainsi celui-ci n'existe pas lorsque les parties, portant l'intégralité du prix dans l'acte, diminuent la fraction du prix applicable au fonds et majorent dans la même proportion celle afférente aux marchandises neuves, lorsque celles-ci bénéficiaient d'un régime fiscal de faveur. (1)

(1) Trib. Civ. Dôle 20 Janvier 1915. Journ. des Notaires 1917-31605 ; Rep. Prat. V° enregistrement.

Parfois, les parties seules sont les auteurs de cette fraude ; plus souvent pour des raisons trop intéressées, elle implique la participation active des intermédiaires. Cette manœuvre dangereuse a d'ailleurs été dénoncée et mise en évidence sous son véritable jour à la tribune du Sénat, par M. Cordelet, lors de la discussion de la loi du 17 Mars 1909, dont il était le rapporteur : « Les ventes de fonds de commerce, déclare-t-il, sont monopolisées en quelque sorte par des agents d'affaires spéciaux. Voici comment on procède : quand l'intermédiaire a réussi à mettre d'accord le vendeur et un acquéreur, on ne fait pas tout de suite un acte de vente, on fait ce que l'intermédiaire appelle un compromis, c'est-à-dire une promesse de vente avec dédit dans laquelle l'intermédiaire a soin de fixer ses honoraires, de faire prendre par le vendeur et par l'acquéreur l'engagement solidaire de les lui payer, même si la vente n'aboutit pas définitivement ; cet acte est rédigé en triple exemplaire, l'intermédiaire se considérant comme partie au contrat, puisqu'en effet il stipule le chiffre fixé à l'avance de ses honoraires qui se montent au moins à (10 %) 10 pour cent et quelquefois plus. Le jour de la prise de possession, on dresse et on signe l'acte de vente définitif et dans cet acte de vente

définitif dont les dispositions sont conformes à celles stipulées dans le compromis, on ne porte, et c'est une pratique courante, que les 2/3 du prix, le surplus étant payé comptant et servant jusqu'à due concurrence à solder les honoraires à l'intermédiaire. Voilà ce qui se pratique, non seulement à Paris, mais ailleurs ». (1)

La perpétration de cette fraude est d'autant plus fréquente que les deux parties au contrat, y trouvent un intérêt immédiat et évident. En ce qui concerne l'acquéreur, l'intérêt est incontestable : chargé seul de l'acquittement des droits d'enregistrement, sauf au cas de difficultés avec l'Administration, et ne disposant généralement que de capitaux restreints, il ne sera que trop intéressé à dissimuler une partie du prix servant de base à la perception des droits, dont le quantum sera d'autant moins élevé que le prix sera moins important.

A son tour, le vendeur se prêtera d'autant plus volontiers à cette suggestion de son co-contractant qu'elle lui permettra de conserver une partie du prix par devers lui au détriment de ses créanciers, si le montant des dettes auxquelles il aura à faire face, par

(1) Séance du 23 Mai 1906. Journal Officiel du 24 Mai, page 647.

suite des oppositions qui lui sont signifiées, absorbe le plus clair ou peut-être l'intégralité du prix provenant de la vente. De plus, la dissimulation aboutit à rendre pratiquement impossibles les recours judiciaires que l'acquéreur pourrait avoir à exercer contre le vendeur, cette procédure exposant celui-là au risque de payer des amendes fiscales et des double-droits qu'il devra débourser au préalable. Quant à l'opinion suivant laquelle le vendeur profiterait de la dissimulation en ce sens qu'il vendrait plus facilement et quelquefois à meilleur prix, ce n'est là, croyons-nous, qu'une constatation en contradiction évidente avec les faits : en effet, la dissimulation n'est envisagée qu'après la signature de l'acte et la fixation du prix, plus exactement au moment de la présentation de l'acte à l'enregistrement. Néanmoins, l'acquittement des droits par l'acheteur venant diminuer de leur montant ses disponibilités souvent réduites, dans la même proportion les chances du vendeur de recevoir le montant du comptant par lui exigé ; on comprend que celui-ci sera intéressé à accorder sa complicité bienveillante à son acheteur.

Enfin, l'intermédiaire lui-même, désireux de s'assurer l'intégralité des honoraires qu'il aura stipulés en sa faveur, trouvera dans cette opération le moyen

de les prélever, sans avoir à subir le rapport et les lenteurs d'une contribution judiciaire du fait du concours de créanciers opposants. Nous signalons en passant que l'intermédiaire ne jouit d'aucun privilège pour le paiement de sa commission.

Or, cette manœuvre frauduleuse présente, tant au point de vue vue fiscal et pénal qu'au point de vue civil, de lourdes conséquences pécuniaires : l'acheteur, exposé à une surenchère du sixième de la part des créanciers ordinaires et à une surenchère du dixième de la part des créanciers inscrits du vendeur, se trouvera privé de la partie du prix dissimulée, s'il ne reste pas adjudicataire définitif du fonds à lui vendu. D'autre part, si la fraude est découverte par la Régie, les parties encourent des pénalités fiscales très onéreuses et des poursuites correctionnelles.

Aussi, devant cette dualité de dangers et pour les créanciers du vendeur qui ne touchent que le prix porté à l'acte ostensible et pour le Trésor frustré de la partie des droits frappant la portion du prix dissimulée, le législateur s'est-il préoccupé d'édicter des dispositions correctives de nature à remédier à ces graves inconvénients.

La loi organique du 17 Mars 1909 en matière de ventes de fonds de commerce a eu pour but prin-

cipal de rendre obligatoires certains usages déjà entrés dans la pratique mais prêtant à controverse quant à la nécessité de leur observation et empêchant, par un système de publications minutieusement réglementées, les possiblités des mutations secrètes permettant au vendeur de toucher son prix à l'insu de ses créanciers et des dissimulations d'une partie du prix dans l'acte, le solde étant payé comptant.

Ces créanciers, ainsi frustrés de leur gage avant la loi de 1909, étaient-ils dépourvus de tout moyen pour déjouer la fraude de leurs débiteurs ? Non, ils pouvaient soit demander la mise en faillite de leurs débiteurs, mais ils s'exposaient généralement à un recours illusoire, leur gage apparent ayant déjà disparu, soit agir en nullité de la vente du fonds de commerce par application ou de la théorie de la période suspecte (Art. 447 C. Com.) ou de l'action Paulienne (Art. 1167 C. Civ.). Malheureusement dans ces deux cas, cette procédure n'allait pas sans difficultés, le demandeur devant toujours faire la preuve de la complicité de l'acquéreur (conscius fraudis) par la connaissance de la cessation des paiements du vendeur. L'obtention d'un résultat souvent hypothétique les exposant à des débours et aux lenteurs de la justice, ils optaient pour l'inaction.

Aux mutations secrètes, les art. 3 et 4 de la loi de 1909 sont venus apporter un obtacle, à peine de sanctions rigoureuses : la vente du fonds de commerce devra, à la diligence de l'acquéreur, dans la quinzaine de la signature de l'acte, être publiée sous forme d'avis ou d'insertion, dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce où se trouve le fonds, ou à défaut dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. Le même article édicte les sanctions frappant toute omission ou irrégularité dans l'accomplissement de ces formalités, et règlemente la procédure suivant laquelle les créanciers pourront faire leurs devoirs d'opposition.

Pour prévenir les dissimulations d'une partie du prix en fraude des droits des créanciers, la loi de 1909 a institué la procédure de la surenchère qui, par les dangers qu'elle fait courir à l'acquéreur, empêchera celui-ci d'accorder sa participation à la fraude suggérée par le vendeur. Reconnaissons là une heureuse innovation de cette loi par l'extension aux ventes mobilières d'une procédure jusqu'alors applicable seulement aux ventes immobilières. Les créanciers peuvent désormais requérir la mise aux enchères du fonds vendu dans la mesure où le prix de la vente amiable ne suffira pas à couvrir leurs créances, mais, remar-

quons-le bien, dans cette mesure seulement.

Accordée aux créanciers privilégiés inscrits et aux créanciers chirographaires qui ont fait opposition, la surenchère du sixième impose les obligations au requérant de porter le prix principal à un sixième supérieur au prix initial et de fournir caution ; il demeure adjudicataire définitif, si cette surenchère n'est pas couverte. Son domaine d'application étant restreint aux ventes volontaires, l'art. 5 déclare expressément qu'elle ne peut être admise dans les ventes judiciaires ou les ventes poursuivies à la requête d'un syndic de faillite, de liquidateurs et d'administrateurs judiciaires ou de copropriétaires indivis du fonds, faites aux enchères publiques et conformément à l'article 17.

Enfin ces dispositions sont heureusement complétées par l'extension aux ventes de fonds de commerce de l'institution de la purge, qui permet à l'acquéreur de se mettre à l'abri de toute éviction possible de la part des créanciers inscrits et surtout par le droit de surenchère du dixième accordée aux créanciers privilégiés inscrits seulement, moyennant l'offre de porter le prix principal à un dixième en sus et la fourniture d'une caution, le matériel et les marchandises n'étant pas compris dans la détermination du prix de base sur

lequel sera calculé le montant de la surenchère.

Assurément ces garanties concilieront les intérêts des créanciers qui pourront ainsi réaliser leur gage commun à sa juste valeur et en tirer tout le profit désirable avec les intérêts de l'acquéreur ainsi à l'abri de tout trouble ou éviction éventuels. Néanmoins, malgré tous ces mérites, la loi de 1909 n'a pas produit son plein effet pour plusieurs raisons : nous avons vu que la purge et la surenchère du dixième ne sont accordés qu'aux créanciers inscrits ; en ce qui concerne la surenchère du sixième, bien souvent les créanciers s'abstiendront d'y recourir, les frais de vente par devant notaire ou commissaire-priseur sont assez élevés et les fonds grevés ne présentent qu'une valeur minime. La loi du 27 Février 1912 est venue combler quelques lacunes.

Dans cette loi de finances, le législateur semble avoir été bien inspiré en édictant des pénalités sérieuses frappant les parties et les complices qui prêtent leur concours aux dissimulations dans les ventes d'immeubles et de fonds de commerce. Il convient de reproduire ici, pour la clarté de développements qui vont suivre, les dispositions de l'art. 7 de cette loi modifiée par la loi du 18 Avril 1918, l'article 6 ne s'appliquant qu'aux cessions d'offices ministériels à l'occasion des-

quelles les dissimulations sont l'œuvre exclusive des parties et non des intermédiaires. Ceci est une observation au sujet de laquelle l'unanimité des opinions est un fait bien établi.

Est nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle, ou toute partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou de clientèle.

La dissimulation du prix peut être établie conformément à l'article 13 de la loi du 23 Août 1871.

Toute dissimulation dans le prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle, et dans la soulte d'un échange ou d'un partage est punie d'une amende égale au quart de la somme dissimulée, conformément à l'article 12 de la loi du 23 Août 1871.

Le notaire qui reçoit un acte de vente, d'échange ou de partage, est tenu de donner lecture aux parties du présent article et de l'article 13 de la loi du 23 Août 1871, à peine d'une amende de 10 francs. Il sera fait mention de cette lecture dans l'acte qui affirmera, sous la même sanction, qu'à sa connaissance cet acte n'est modifié ou contredit par aucune contre-lettre

contenant une augmentation du prix ou de la soulte.

« Quiconque aura été convaincu de s'être, d'une façon quelconque, rendu complice de manœuvres destinées à éluder le paiement de l'impôt, sera personnellement passible, indépendamment de sanctions disciplinaires s'il est officier public ou ministériel, d'une amende égale au double de la somme dont le Trésor aura été frustré, sans que cette amende puisse être inférieure à mille francs (1000 fr.) en principal.

« En cas de récidive dans les dix ans d'une décision disciplinaire antérieure devenue définitive, l'officier public ou ministériel, convaincu de s'être, d'une façon quelconque, rendu complice de manœuvres destinées à éluder le paiement de l'impôt sera frappé de destitution, sans préjudice des peines portées à l'article 366 du Code pénal, en cas de complicité du délit spécifié en l'article 8 de la présente loi. »

Les dispositions de cette loi, qui a pour but de favoriser la perception de l'impôt, s'analysent en quatre idées fondamentales : 1°) toute convention ayant pour but de perpétrer la dissimulation d'une partie du prix est nulle et de nul effet tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers ; 2°) des amendes sont infligées aux auteurs des dissimulations ; 3°) des obligations sont imposées aux notaires ; 4°) des péna-

lités très graves, indépendamment des sanctions disciplinaires éventuelles, sont édictées contre les complices qui participent à ces fraudes, et notamment les agents d'affaires.

Cette loi semble avoir obtenu le but désiré par le législateur : désormais les agents d'affaires prêtent difficilement leurs concours à ces fraudes devant les dangers très graves auxquels ils s'exposent avec d'autant plus de circonspection qu'aucun intérêt ne les y pousse, sauf au cas de contribution ou de faillite du vendeur ; en effet, l'intermédiaire a droit, comme nous le verrons plus tard, à l'intégralité de ses salaires, dès l'instant que la vente conclue par ses soins est parfaite, fût-elle résiliée plus tard pour des raisons indépendantes de sa volonté ; quant aux notaires, ils favorisent d'autant moins ces fraudes que leurs honoraires sont liquidés sur la base du prix porté dans l'acte ostensible. Enfin, la disposition qui frappe de nullité toute convention dissimulant pareille fraude ne semble avoir eu qu'une portée pratique très restreinte ; les actions engagées dans ce sens, soit à la requête des parties contractantes, soit de l'Administration fiscale, sont extrêmement rares, sans aucun doute parce que la fraude est difficile, sinon impossible à prouver, vendeur et acheteur se concertant généralement pour faire

disparaître toutes les pièces susceptibles de justifier une dissimulation.

Malgré leur apparent simplicité, la loi du 12 Février 1912 n'en soulève pas moins de nombreuses difficultés à propos desquelles il convient de formuler quelques observations.

1° — La loi proclame la nullité « erga omnes » de toute convention ayant pour but la dissimulation d'une partie du prix de vente. En d'autres termes, elle atteint dans un intérêt fiscal des conventions d'ordre civil. Comment peut-on justifier cette anomalie juridique apparente ?

Quels sont les effets de cette première disposition ? Malgré les nombreuses interprétations qui se sont fait jour pour expliquer les conséquences de ce principe, l'accord complet des opinions s'est réalisé sur les deux idées suivantes : a) le vendeur, l'échangiste, le copartageant, le créancier d'une soulte ou d'un prix ne sont pas admis à réclamer en justice le paiement du supplément qui aurait été stipulé par une contre-lettre en sus de la soulte ou du prix porté dans l'acte apparent ; b) toute somme payée en exécution d'une contre-lettre est sujette à répétition.

Comment concilier ces conséquences avec l'article 1321 du Code civil ainsi libellé : « les contre-lettres

produisent leur effet entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ». Selon le Code civil, le contractant est donc lié par l'engagement qu'il a pris dans la contre-lettre ; il ne peut pas invoquer pour s'y soustraire les termes du contrat ostensible : il doit faire ce qu'il a effectivement promis : l'emprunteur qui aurait consenti à payer un taux d'intérêt supérieur à celui qui est mentionné dans l'acte serait obligé de le payer.

Mais il va de soi que, si l'engagement pris dans la contre-lettre est contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et ce sera, croyons-nous, le cas le plus fréquent, le promettant peut en opposer la nullité au créancier. Eh bien ! précisément, dans la situation visée par la loi de 1912, est-il téméraire d'affirmer qu'il y a infraction à l'ordre public ? Une loi fiscale n'est-elle pas digne du même respect et n'est-elle pas dotée de la même force obligatoire qu'une loi civile ? Puis, à notre époque spécialement où les crises succèdent aux crises, où les difficultés financières sont le germe du désaroi qui règne dans tous les domaines, la rentrée normale de l'impôt n'est-elle pas un facteur indispensable à la vie du pays ? « C'est avec l'argent autant qu'avec les canons qu'on fait la guerre ». Enfin, le grand principe de l'égalité des

citoyens devant les charges publiques n'est-il pas le fondement essentiel d'une démocratie bien organisée ?

Ce sont là, croyons-nous, autant de considérations qui militent en faveur du bien-fondé moral et juridique du principe édicté par le législateur. Malheureusement, si celui-ci a été bien inspiré en l'espèce, nous devons déplorer les répercussions défectueuses de l'incidence des pénalités qui sanctionnent ces infractions. Au mépris des principes les plus élémentaires de notre Droit Pénal, la victime se trouve être précisément la partie à laquelle l'acte incriminé ne profite pas. Bien plus, l'application logique du principe affirmé par le législateur aboutit à accorder une prime à la mauvaise foi de l'acheteur qui, au mépris de l'engagement formel pris par lui et mû par l'appât de l'intérêt, sera admis à répéter les sommes qu'il aura payées en exécution de la contre-lettre.

2° — Quelles mutations sont sujettes aux sanctions pour dissimulation ?

A ce sujet, il y a lieu de faire une distinction entre les sanctions fiscales et les sanctions pénales. Les mutations, assujetties aux sanctions fiscales sont les ventes sous seings privés ou notariées, les ventes verbales, pour lesquelles la déclaration est intervenue. Elles s'appliquent également aux partages avec soulte, aux

échanges, aux apports en société, effectués moyennant paiement en espèces ou paiement du passif.

Quant aux mutations assujetties aux sanctions pénales, la loi du 18 Avril 1918 prescrit que dans tout acte ou déclaration ayant pour objet une cession de fonds de commerce, un échange ou un partage, chacun des vendeurs, acquéreurs, échangistes, copartageants ou leurs maris, tuteurs ou administrateurs légaux doivent terminer l'acte ou la déclaration par une mention ainsi conçue : « la partie soussignée affirme sous les peines édites par l'art. 8 de la présente loi que le présent acte ou la présente déclaration exprime l'intégralité du prix ou de la soulte convenue. »

Dans les actes sous seings privés, cette mention doit être écrite de la main de la partie : il en est de même dans une déclaration. Les personnes ci-dessus désignées qui auraient frauduleusement écrit une fausse déclaration seront punies des peines graves portées dans l'art. 366 Code Pénal : emprisonnement d'une année au moins et de cinq ans au plus, et une amende de 100 francs à 3000 francs, sans préjudice de la privation des droits mentionnés en l'article 42 du même code.

PEINES INFLIGÉES AUX PARTIES CONTREVENANTES

L'Administration réclame trois droits aux parties : 1° — le droit simple sur l'excédent du prix puisque l'enregistrement n'a pas eu lieu sur cette fraction du prix ; 2° — le droit en sus, sur le même excédent du prix, à la double condition que la somme dissimulée excède ce prix d'un huitième et que le délai pour requérir l'expertise ne soit pas expiré ; 3° — l'amende, égale au quart de la somme dissimulée, conformément à l'article 12 de la loi du 28 Août 1871.

Contre les intermédiaires, la loi du 27 Février 1912 a établi une sanction pour le cas où ils se rendraient complices de manœuvres destinées à éluder le paiement de l'impôt. Cette amende est égale au double de la somme dont le Trésor aura été frustré, sans qu'elle puisse être inférieure à mille francs en principal. Par intermédiaires, il faut entendre tous les officiers publics ou ministériels, tous les négociants en fonds de commerce ou agents d'affaires qui servent d'intermédiaires entre les acheteurs et les vendeurs.

PREUVE DE LA DISSIMULATION

La dissimulation peut être prouvée par tous les moyens de droit commun. Toutefois, la Régie n'est

pas autorisée à déférer le serment décisoire, et elle ne peut user de la preuve testimoniale que pendant dix ans, à partir de l'enregistrement de l'acte (loi du 23 Août 1871, art. 13 ; loi du 27 Février 1912, art. 6 et 7). La dissimulation résulte généralement d'un acte postérieur au premier, présenté lui-même à la formalité de l'enregistrement, tel qu'un jugement prononçant une réduction du prix ou une résolution de vente, des billets de fonds souscrits par l'acquéreur au vendeur, souvent des motifs d'un jugement, des débats d'un procès et des pièces qui sont produites, des énonciations contenues dans des rapports d'arbitres ou d'experts ou même des dépositions faites au cours d'une instruction correctionnelle.

Notons en terminant cette étude de la législation répressive des fraudes fiscales, la loi du 25 Juin 1920 qui, dans son article 112, a établi directement une peine correctionnelle contre « quiconque se sera frauduleusement soustrait ou aura tenté de se soustraire frauduleusement au paiement total ou partiel des impôts établis par la loi au profit du Trésor public. »

La question s'est posée de savoir si ce texte avait pour but d'abroger les pénalités anciennes lorsqu'elles sont déterminées au cas de frande fiscale ou au contraire l'application de ce texte se restreint-il au cas où

ces fraudes fiscales ne sont pas encore frappées de sanction pénale ? La réponse ne donne lieu à aucune doute : les pénalités établies par cette loi étant moins sévères que celles qui ont été édictées par celle du 18 Avril 1918, et « la nécessité, disait le Rapporteur, M. Doumer, dans un passage de son rapport, qu'imposent les événements de développer dans des conditions imprévues jusqu'à ce jour les ressources du Trésor rendant également indispensable de punir les fraudes commises à son détriment par des peines de plus en plus sévères », c'est la deuxième interprétation qui doit prévaloir.

APPLICATIONS PRATIQUES DE LA RESPONSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE AU CAS DE DISSIMULATION

La jurisprudence n'hésite pas à affirmer la responsabilité du mandataire qui, par ses suggestions ou même uniquement par sa simple connaissance de l'intention des parties de perpétrer la dissimulation d'une partie du prix dans un acte dont la rédaction est confiée à ses soins, concourt ainsi à frustrer le Trésor public ou les créanciers de bénéfices qui leur sont dûs.

S'il est exact que nul ne soit censé ignorer la loi,

il appartient au juge de rechercher d'après les circonstances, si le mandataire chargé de vendre un fonds de commerce, n'a pas le devoir strict de renseigner son mandant sur les conséquences fiscales ou autres d'une dissimulation du prix de vente. (1)

L'article 7 de la loi du 27 Janvier 1912 prononce la nullité des conventions entachées des dissimulations qu'elle prohibe en même temps qu'il édicte contre les auteurs de ces dissimulations des amendes fiscales, mais cette loi ne couvre pas la responsabilité fautive des mandataires et laisse entières les possibilités de recours du contrevenant contre l'intermédiaire salarié qui a conseillé la dissimulation et, par fraude et dol, en a été en fait l'unique auteur.

Le mandataire salarié, chargé de rédiger l'acte de cession d'un fonds de commerce est responsable vis-à-vis du vendeur, son mandant, de la dissimulation d'une partie du prix, s'il a eu connaissance de la fraude fiscale que les parties se proposaient de commettre. Dès lors il est tenu de rembourser au vendeur les sommes que ce dernier est condamné à restituer comme ayant été indûment versées par l'acheteur par suite de la dissimulation. La restitution de la somme

(1) Dijon 3 Mars 1922. Rec. Dijon 1922-34.

ainsi dissimulée indûment perçue n'a pas le caractère pénal de l'amende édictée par le dernier paragraphe de l'article 7 de la loi du 27 Février 1912 et cette somme peut dès lors être répétée du mandataire par la faute duquel elle a été perdue, sans qu'il soit par suite porté atteinte au principe que les peines sont personnelles et que les condamnés qui les ont encourues ne peuvent s'en faire exonérer par des recours en garantie. (1)

Celui-ci en effet, mû par l'appât de l'intérêt et autorisé par la loi, qui accorde ainsi une prime à la mauvaise foi, à répéter les sommes par lui versées en vertu de la contre-lettre, pourra se retourner contre son vendeur pour lui réclamer le recouvrement de l'indû. Ce dernier qui, vraisemblablement n'aurait pas traité sans le supplément de prix stipulé dans cette convention pourra articuler qu'il aura été victime d'un vice de consentement consistant en une erreur sur les qualités substantielles de la vente, le prix, dont l'auteur véritable devra être tenu définitivement et seul responsable. C'est là tout au moins l'interprétation juridique que nous croyons le plus orthodoxe.

Mais alors, envisageant l'hypothèse où le vendeur est devenu insolvable, soit par la dissipation du prix qu'il vient d'encaisser, soit par suite de l'absorption de

(1) Douai 15 Février 1927. Rec. Douai 1927-149 et Cass. Req. 26 Avril 1926. Gaz. Palais 1926-2-203.

celui-ci par les créanciers, l'acquéreur doit-il bénéficier d'un recours en solidarité contre l'intermédiaire et le vendeur pourra-t-il réclamer à celui-là la répétition de l'intégralité du supplément par lui versé ? Nous répondons par la négative sans aucune hésitation, parce que la responsabilité du vendeur et celle de l'intermédiaire ne dérivent pas de la même cause : la responsabilité du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur trouve sa justification dans le principe de la répétition de l'indû, et celle du mandataire vis-à-vis du mandant dans l'art. 1382 du Code civil. Evidemment, l'appréciation souveraine par les tribunaux du degré de gravité de la faute commise par l'intermédiaire déterminera dans quelle proportion celui-ci sera tenu à réparation à l'égard de son mandant.

En principe, c'est le vendeur qui est légalement tenu de la dissimulation et doit seul être tenu de la restitution vis-à-vis de l'acquéreur ; l'intermédiaire ne saurait être tenu solidairement envers ce dernier ; mais en s'associant à cet acte coupable, et en ne s'opposant pas de tout son pouvoir à cette violation de la loi, il a commis une faute excessivement grave et doit être tenu envers son mandant à une réparation basée sur l'art. 1382 Code civil (réparation fixée en l'espèce à la moitié de la somme dissimulée). (1)

(1) Caen 23 Février 1928. Rec. Rouen et Caen 1928-2-126.

Le mandat n'impliquant pas de la part du mandataire l'obligation accessoire de garantir au mandant les stipulations faites au nom et dans l'intérêt de celui-ci, le mandant actionné par un tiers en résiliation de marché et en dommages-intérêts est irrecevable à procéder par la voie d'une action récursoire en garantie contre le mandataire, action qui dérive d'une cause différente de celle de la demande principale. (1)

Observons en terminant que la loi de 1912 a voulu apporter une dérogation à la jurisprudence antérieure adoptée en la matière et à l'article 1172 du Code civil aux termes duquel « toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ». Il résulte, en effet, clairement des travaux préparatoires que ce que l'article 7 déclare nul, c'est la contre-lettre ou la convention écrite ou verbale, mais seulement en tant qu'elle renferme une dissimulation. Quant à la convention de vente, elle subsiste intégralement et produit ses effets. L'article 900 du Code civil relatif aux conditions impossibles, illicites ou immorales en matière de libéralité, a adopté la même solution, sans doute sous l'influence des précédents historiques.

---

(1) Req. 13 Mai, 4 Nov. 1919. Dalloz 1921-1-154.

TITRE II

DE LA RÉDUCTIBILITÉ DU SALAIRE DE L'AGENT D'AFFAIRES ET SPÉCIALEMENT DE LA COMMISSION DUE A L'INTERMÉDIAIRE EN FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE I

LE DROIT AU SALAIRE

En contre-partie de la lourde responsabilité qui pèse sur l'agent d'affaires, il n'est rien de plus naturel qu'on lui reconnaisse le droit à un salaire pour ses peines et soins pour les services rendus, encore que ces deux principes fondamentaux ne soient pas accueillis avec le même enthousiasme. Quoiqu'il en soit, le principe du droit au salaire n'est plus aujourd'hui contesté, malgré la survivance dans la jurisprudence actuelle de la vieille idée romaine : « Mandatum gratuitum esse debet. »

A quelles conditions ce droit est-il acquis à l'agent d'affaires ? Celui-ci devra d'abord prouver l'existence du mandat dont les modalités sont réglées

par l'article 1985 du Code civil ainsi conçu : « Le mandat peut être donné ou par acte public ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut être aussi donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général. L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » La validité n'est donc soumise à l'observation d'aucune formalité : il peut être exprès : il est donné par écrit ou verbalement : il peut être tacite, induit des circonstances de fait laissées à l'appréciation souveraine des tribunaux, telle que la remise de pièces à un mandataire professionnel. S'il y a doute sur l'existence du mandat, la preuve ne pourra en être apportée que conformément au droit commun des obligations : la preuve testimoniale ne pourra être admise que si le montant de l'objet du mandat n'est pas supérieur à 500 francs, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit. Il reste bien entendu que cette règle ne joue qu'en matière civile ; en matière commerciale, au contraire, ce qui sera presque toujours le cas pour l'intermédiaire en fonds de commerce, la preuve par témoins, même si l'intérêt litigieux dépasse 500 fr. et des simples présomptions de la cause suffiront pour établir l'existence du contrat, conformément

à l'article 109 du Code de Commerce. Il convient de remarquer d'ailleurs que si l'intermédiaire bénéficie théoriquement d'une certaine latitude pour faire la preuve de son mandat dont la commercialité n'est pas douteuse, la sévérité notoire employée par les Tribunaux de Commerce à son égard, le privera souvent de l'avantage de la preuve testimoniale dont la recevabilité, reconnaissons-le, est toujours laissée à leur souveraine appréciation. Aussi le mandataire agira-t-il sagement en exigeant toujours de son mandant un bon de commission en bonne et due forme, auquel un échange de correspondances explicite pourra d'ailleurs suppléer.

Certains auteurs ont imaginé l'édification d'un système particulier fondé sur le principe des quasi-contrats, pour suppléer à la carence d'un mandat exprès afin de justifier une action en paiement de commission. Si le client, disent-ils, n'a pas voulu signer un bon de commission et qu'il profite néanmoins de l'indication du fonds fournie par l'intermédiaire, celui-ci peut se prévaloir des principes de la gestion d'affaires ou de l'action « de in rem verso ». Cette argumentation présente une valeur plus théorique que pratique : malgré l'extension considérable de ces principes par la jurisprudence actuelle, les tribunaux, réfractaires à

toute idée de bienveillance à l'égard des agents d'affaires, se refusent à l'application de l'article 1372, sans songer à faire justice de ces arguments dont la discussion ne paraît pas dénuée d'intérêt.

Envisageons l'hypothèse où, la preuve de l'existence du mandat étant acquise, l'opération entreprise par l'agent d'affaires ne réussit pas par suite du non-agrément de l'une des parties, soit du vendeur, soit de l'acheteur, en tout cas pour une raison indépendante de la volonté de l'agent. Celui-ci peut-il réclamer le remboursement de ses frais de dépenses et de démarches accomplies et l'allocation d'un salaire ? Oui, pensons-nous, par application de l'article 1999 du Code civil ainsi conçu : « Le mandant doit rembourser au mandataire, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il lui en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ». Ce texte est explicite, il n'y a aucune bonne raison pour refuser aux agents d'affaires le remboursement des débours réellement faits et des peines prises, c'est d'ailleurs l'opinion de

la jurisprudence [1] à condition que le contrat de mandat ne présente pas le caractère aléatoire. De même a-t-il droit à l'allocation du salaire convenu ? Selon la lettre même du Code, oui. Mais, même en dehors de toute stipulation formelle en ce sens, n'est-il pas d'usage en matière commerciale de subordonner le paiement d'une rémunération quelconque à la réussite de l'affaire ? Cette commune intention des parties, croyons-nous, peut être sous-entendue dans le contrat d'agences d'affaires, à moins qu'il n'y ait mauvaise foi évidente des parties en cause. Cette dernière réserve a donné lieu à une décision récente très intéressante rendue par la Cour de Cassation dont l'arrêt est ainsi conçu : « Bien qu'il ait été stipulé par le propriétaire qui a chargé un agent d'affaires de la vente de son immeuble, qu'une rémunération ne serait due à celui-ci que si la vente était réalisée par son entremise, le propriétaire est à bon droit condamné au paiement d'une somme égale à la rémunération d'une somme

---

(1) Civ. 13 Mai 1884. S. 1885-1-345. Paris 5 Nov. 1901. Gaz. Trib. 1902, 1er sem. 2-388 Paris 21 Avril 1904. La loi 5 Juillet 1904. — Lyon 23 Décemb. 1927. Mon. jud. Lyon 6 Juillet 1928. — Riom 5 Juillet 1932. Gaz. Pal. 1932-2-673. — Trib. Com. Le Havre 15 Juin 1931. Rec. Le Havre 1931-1-166. Voir contra un jugement du même tribunal à quelques jours d'intervalle. Trib. Com. Le Havre 3 Juin 1931. Rec. Le Havre 1931-1-162.

convenue, si après avoir refusé de traiter avec un acquéreur sérieux trouvé par l'agent d'affaires, il a, sans motif légitime, traité directement avec une autre personne à des conditions moins avantageuses ; de ces circonstances de fait, il résulte en effet que si l'agent d'affaires n'a pu mener à bonne fin son mandat, après l'avoir consciencieusement rempli, c'est uniquement en raison de l'attitude injustifiée de son mandant. » (Cass. Req. 14 Juin 1932. Gaz. Pal. 1932-2-480).

Les difficultés les plus nombreuses et les plus délicates sans doute s'élèvent à l'occasion d'une vente de commerce dont la conclusion a été menée à bonne fin. Quelle doit être l'étendue de la rémunération de l'agent, ou plus spécialement de l'intermédiaire ? Il est évident qu'avant de plaider le bien-fondé de sa revendication de salaire, celui-ci doit préalablement rapporter une double preuve au tribunal : d'abord la collation du mandat, ensuite la conclusion de la vente. Sur le premier point nous nous sommes déjà expliqués. Quant à la conclusion de la vente, il sera facile de convaincre le tribunal par la production d'un exemplaire du journal d'annonces légales qui a enregistré les publications prescrites par la loi seulement pour la sauvegarde des intérêts des parties en cause mais non à peine de nullité absolue.

Cette double justification étant acquise au profit de l'intermédiaire, celui-ci doit prouver enfin que c'est par son « entremise » que la vente a été conclue, pour obtenir son salaire. Quelle est donc la consistance de cette notion d'entremise, d'intervention exigée pour l'allocation de la commission ?

Il est bien évident que, si la vente est, pour sa validité même, subordonnée à une condition suspensive qui ne serait pas réalisée, la commission n'est pas due. La question s'est posée à l'occasion de la cession d'un débit de tabac dont le successeur doit au préalable obtenir l'agrément de l'Administration [1]. Notamment au cas de cession d'un office ministériel, si la rémunération avait été stipulée à forfait, payable lors de la prestation de serment du candidat, la rémunération ne serait due que si le candidat présenté était admis à prêter serment ; sinon l'intermédiaire n'aurait droit qu'à une indemnité représentative de ses déboursés et de ses peines et soins. [2]

L'analyse de cette notion d'entremise utile offre l'intérêt de soulever le conflit extrêmement fréquent dans la pratique entre plusieurs intermédiaires se pré-

---

(1) Paris 2 Juin 1888. Journal des Trib. de Commerce 1889 page 409. — Paris 2 Nov. 1905. D. P. 1905-2-456.

(2) Trib. civ. Toulouse 31 Janv. 1905. La loi 30 Mars 1905.

sentant pour revendiquer la commission à l'occasion de la cession du même fonds. Doit-on répartir le montant de la commission entre chaque prétendant droit selon sa participation à la conclusion de la vente ou cette commission doit-elle être unique et attribuée exclusivement à celui par l'entremise duquel la vente a été réalisée et dans ce cas, le prétendant évincé peut-il cependant réclamer le remboursement de ses peines et soins ?

Le concours d'intermédiaires est un fait extrêmement fréquent, surtout à Paris, où les agences de vente de fonds de commerce sont spécialisées pour la cession de chaque industrie ; et même en province où fréquemment les agents d'affaires ont les mêmes clients, offrent à ceux-ci les mêmes occasions, et font la publicité dans les mêmes journaux, ceux qui obtiennent la plus grande faveur auprès du public.

On peut à ce sujet relever deux tendances dominantes et divergentes dans la jurisprudence.

Selon une première opinion, le rôle de l'intermédiaire subit une extension considérable, puisqu'il consiste non seulement dans la recherche et l'abouchement des parties contractantes, mais encore dans l'accomplissement de toutes les formalités postérieures, nécessaires pour le transfert du fonds et sa prise de posses-

sion régulière et utile par l'acquéreur. L'intermédiaire s'est-il donc borné à rechercher et à mettre en rapports le vendeur et l'acquéreur ? Si la rédaction de l'acte et les formalités postérieures sont accomplies par une tierce personne, telle qu'un autre agent d'affaires, un notaire ou les parties elles-mêmes, le premier, auteur de la découverte, n'aura droit à aucune commission, parce que l'exécution du mandat n'est pas complète ; tout au plus peut-il réclamer le remboursement de ses déboursés, peines et soins dont le montant est laissé à l'appréciation souveraine du Tribunal.

Cette opinion ne nous semble pas satisfaisante parce qu'elle repose sur un manque d'analyse du rôle qui incombe normalement à l'agent d'affaires. La mission de celui-ci comprend deux phases nettement distinctes : d'abord la phase essentielle où l'intermédiaire est mandataire du vendeur : elle implique la recherche, la découverte d'un acquéreur et la mise en rapports du vendeur avec cet acquéreur ; ensuite la phase secondaire ou facultative qui implique la rédaction de l'acte de vente, les publications légales, la réception des oppositions, éventuellement la répartition du prix ; pendant cette phase, l'intermédiaire est le mandataire de l'acquéreur. Quoi de plus évident que la partie la plus importante du rôle joué par l'intermé-

diaire consiste dans cette activité matérielle déployée par lui ? N'est-ce pas la raison d'être essentielle de sa profession ? Le vendeur trouve rarement dans le cercle nécessairement restreint de ses relations la personne qui voudrait le débarrasser de son affaire. Au contraire, l'agent d'affaires qui est un collecteur d'affaires de catégories et d'importances diverses, a plus de chances de découvrir un amateur à l'affaire qu'il présente principalement par une publicité parfois tapageuse dans les journaux et par des offres aux clients habituels ou accidentels de passage dans son Cabinet. La deuxième phase, au contraire, peut être remplie par le premier venu, par l'acquéreur lui-même, par le vendeur ou par un tiers quelconque.

D'ailleurs cette analyse est tellement conforme aux faits que dans la pratique l'intermédiaire se fait promettre deux salaires différents par deux personnes différentes pour la négociation de la cession. Le premier salaire, le plus important, est payé par le vendeur : c'est la commission proprement dite constituant le salaire de recherche et de découverte ; le deuxième, plus faible, est supporté par l'acquéreur et représente les peines et soins pour la rédaction de l'acte et l'accomplissement des formalités consécutives. Dès lors ces deux mandats émanant de personnes différen-

tes, n'est-il pas normal et juridique de sanctionner l'exécution de l'un et de l'autre par l'allocation des salaires y afférents ? Cette opinion tend d'ailleurs à disparaître au profit d'une autre conception qui procède implicitement de la distinction que nous venons de proposer.

Selon cette deuxième opinion, l'étendue du mandat conféré par le vendeur à l'intermédiaire, s'arrête à la mise en rapports du vendeur et de l'acquéreur : en ce faisant, l'intermédiaire a exécuté le mandat dont il a été investi, et a exécuté tous ses engagements à moins de clauses contraires bien entendu, alors même que les dernières formalités de la vente auraient été accomplies en dehors de lui. C'est la tendance actuellement dominante dans la jurisprudence et nombreuses sont les décisions judiciaires dans ce sens. La commission revient donc à celui qui a trouvé l'acquéreur, et à lui seul.

Lorsque le vendeur s'est adressé à deux intermédiaires, en vue de lui procurer un acquéreur, la commission n'est due qu'à celui qui a effectivement trouvé l'acquéreur demandé. (1)

Dans le cas où deux intermédiaires sont chargés

(1) Paris 23 Mars 1904. Gaz. Palais 1904-1-728 ; 21 Avril 1904. La Loi 5 Juillet 1904.

d'une même affaire, la commission n'est due qu'à celui par l'entremise duquel l'affaire a été conclue. L'autre n'a droit qu'à une indemnité pour ses débours et ses démarches. (1)

Lorsqu'on fait appel à plusieurs intermédiaires pour réaliser une opération, la commission n'est due qu'à celui qui par l'entremise duquel l'affaire a été conclue, les autres n'ayant droit suivant les conventions et usages qu'à une indemnité pour leurs debours et démarches, ou même à aucun remboursement de ces déboursés, si leur intervention faisait l'objet d'une sorte de contrat aléatoire forfaitaire. (Dijon 29 Nov. 1927. Gaz. Palais 1928-1-229).

En résumé, dans l'hypothèse du concours de plusieurs intermédiaires, nous concluons à l'unité de la commission, malgré certaines décisions judiciaires qui semblent admettre le principe de la multiplicité (2), et l'intermédiaire qui se borne à mettre en rapports le vendeur avec l'acquéreur et obtient leur accord, a droit à la commission intégrale. S'il y a plusieurs prétendants droit à la commission, celle-ci sera accor-

---

(1) Trib. Com. Rouen 25 Mai 1903. Gaz. Palais 1903-2-71.
Voir dans le même sens : Paris 25 Mars 1904. D. P. 1905-2-101 ; 20 Avril 1904. La loi du 5 Juillet 1904. Trib. Civ. Seine 24 Juin 1905. Gaz. Palais 1904. Gaz. Palais 1904-2-263.
(2) Trib. Com. Lorient 16 Décembre 1932.

dée à celui qui a trouvé l'acquéreur le premier : la priorité sera établie soit par la date de la correspondance échangée, soit par la date de la notification au vendeur des noms des personnes présentées.

A ce problème du concours d'intermédiaires, si fertile en procès et animosités entre collègues, se rattache la question connexe du « mandat donné avec exclusivité et priorité ».

Il est évident qu'une telle clause rédigée d'une façon absolue, sans aucune limitation, dans le temps, doit être déclarée nulle comme contraire à la loi et à l'ordre public, au même titre que la clause d'inaliénabilité absolue d'un bien dans le temps et dans l'espace.

La clause par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce donne à un intermédiaire le mandat avec « exclusivité et priorité » de lui trouver un acquéreur, est inexistante, lorsqu'elle n'est pas limitée comme durée ; elle constitue un engagement illicite comme contraire au principe de la liberté du commerce et par suite tombe sous l'application des articles 1131 et 1133 du Code Civil. (1)

Au contraire, la convention d'exclusivité et de priorité produit son plein effet si elle comporte une

---

(1) Lyon 21 Juin 1926. Gaz. Palais 1926-2-295.

limitation dans le temps conformément à l'article 1134 du Code Civil.

Le pouvoir donné à un intermédiaire avec exclusivité à temps, est régulier et licite : il forme une convention que les parties sont tenues de respecter dans son intégralité. (1)

Il est bien entendu que cette clause n'implique que l'interdiction pour le mandant de traiter par l'entremise d'un autre intermédiaire, pendant la durée stipulée : elle ne saurait avoir pour effet d'empêcher le mandant de se passer de ce concours onéreux en traitant lui-même directement avec un amateur qu'il aurait trouvé lui-même ou qui ferait des offres spontanement.

Le mandat de vendre donné avec exclusivité pendant deux mois par le propriétaire d'un fonds à un intermédiaire, n'emporte pas interdiction pour le mandant de vendre lui-même et directement, alors surtout qu'aucune convention explicite et certaine ne démontre l'existence d'un engagement aussi rigoureux. Si donc le courtier n'a pas droit à la commission, les frais exposés par lui pour l'accomplissement du mandat ne sauraient l'avoir été en pure perte et il appar-

(1) Caen 17 Décembre 1926. La loi du 12 Janvier 1928.

tient au juge de fixer la compensation à laquelle il a droit. (1)

En dehors de cette clause formelle de priorité et d'exclusivité dans l'hypothèse du client qui se livre à la spéculation sur les intermédiaires en s'adressant à plusieurs, nous croyons que l'équité impose de conférer des avantages à celui qui en fait est bénéficiaire du premier mandat et engage des dépenses en vue de sa réalisation. En l'absence d'une priorité conventionnelle, il existerait une sorte de priorité de fait que le mandant doit respecter dans la limite où elle ne porte pas préjudice à ses intérêts. Nous approuvons sans réserve cette décision qui dispose que le propriétaire donnant mandat à une agence ne s'interdit pas la faculté de s'adresser à d'autres intermédiaires, celle qui réalise la vente ayant seule droit à la commission. Spécialement lorsqu'un propriétaire s'adresse à plusieurs agences pour vendre ou louer son immeuble en promettant une commission à celui qui lui permettra de conclure l'opération, dès que l'une de ces agences lui a désigné un amateur, il ne lui est pas permis de traiter avec ce dernier par l'intermédiaire d'une autre agence à moins qu'il ne justifie que celle-ci a obtenu des conditions que la première n'avait pu lui procurer. S'il lui plaît de donner la préférence à un autre mandataire et s'il

---

(1) Trib. Com. Lyon 9 Nov. 1925. La loi 22 Avril 1926.

prive ainsi, sans aucune raison, le premier du bénéfice qu'il est en droit d'attendre, il commet une faute en révoquant sans droit un mandat qui, en raison des circonstances, s'est trouvé donné dans l'intérêt du mandataire, comme dans celui du mandant, et il en doit réparation non seulement pour le remboursement des dépenses qu'a pu faire le mandataire, mais aussi en indemnisant celui-ci, tout au moins dans une certaine mesure, du gain dont il a été privé.

La Cour d'Appel de Rennes, dans un arrêt récent, a sanctionné l'existence juridique de cette priorité de fait et les obligations qui en découlent pour le mandant dans les termes suivants : « Lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce a chargé une agence de lui trouver un acquéreur, moyennant une commission forfaitaire et que l'affaire a été enlevée à cette dernière par une autre agence plus diligente, la commission forfaitaire stipulée n'est pas due. Toutefois, l'agence n'ayant aucune négligence à se reprocher, a droit en outre du remboursement et de la rémunération de ses avances, à l'allocation d'une somme d'une certaine importance en raison de la privation de la rémunération de la somme forfaitaire sur laquelle elle était en droit de compter ». (1)

(1) Rennes 17 Février 1930. Rec. Rennes 1930-165.

Très fréquemment dans la pratique, l'intermédiaire en fonds de commerce ne joue que le rôle d'agent indicateur de fonds, sans justification d'une participation active, soit dans la présentation de l'acquéreur, soit dans les négociations de l'acte de vente : l'intermédiaire se contente de remettre au client en quête d'une affaire une liste indicative de fonds, dans laquelle se trouve mentionné le fonds acheté ultérieurement par le client sur ses indications. Le droit à la commission peut-il, dans ce cas, être contesté ?

Remarquons immédiatement que l'accord est loin d'être réalisé sur ce terrain dans la jurisprudence actuelle dont la sympathie est partagée entre deux tendances absolument divergentes.

Selon la première opinion, l'indication donnée par l'intermédiaire ne comporte aucune obligation juridique à la charge de l'acquéreur : elle ne confère aucun droit à une commission, ni même à une indemnité. Il ne suffit pas que l'intermédiaire ait fait des annonces banales dites « omnibus » ou même qu'il se soit borné à la simple indication du fonds à l'acquéreur, s'il n'a pas pris une part active à la formation du contrat. (1)

---

(1) Trib. Com. Seine 15 Février 1853. Journ. Trib. Com. Seine 1853-163. — 12 Novembre 1857 ibid. 1858-8. — 16 Février 1885 ibid. 1886-84. — Paris 11 Février 1881. La loi 18 Octobre 1881. — Trib. Com. Seine 29 Juillet 1910. Journ. Trib. Com. 1912, page 90.

Le fait d'avoir donné des renseignements sur un fonds de commerce et même d'avoir entrepris quelques démarches en vue de la cession de ce fonds en l'absence de tout écrit et à défaut de tout autre moyen de preuve, ne constitue pas à lui seul un droit à la commission pour l'intermédiaire. (Trib. Com. Seine 5 Mars 1926. D. H. 1926-2-21).

L'entremise d'un tiers en vue de la cession d'un fonds de commerce comporte d'autres prestations de services qu'une simple démarche auprès d'un journal d'annonces légales pour y faire paraître une insertion à laquelle le vendeur aurait pu faire procéder lui-même directement ; par suite, l'accomplissement de cette unique formalité ne donne à l'intermédiaire aucun droit à tout ou partie de la commission même forfaitaire dont le paiement ne lui avait été promis que contre son engagement d'accomplir tous les démarches nécessaires en vue de la réalisation de la vente, alors surtout que l'agent d'affaires ne prouve pas qu'il ait à sa disposition un rudiment quelconque d'organisation commerciale ou un commencement d'achalandage lui permettant de disposer d'une clientèle quelconque d'acquéreurs. (1)

---

(1) Paris 12 Février 1913. D. P. 1913-2-245.

Si l'agent d'affaires s'est borné à faire des actes de publicité collective, concernant plusieurs opérations à envisager et à les signaler à des acquéreurs éventuels, sans attirer particulièrement l'attention des amateurs sur le fonds de commerce en question, il ne saurait soutenir qu'il s'est entremis en vue de la vente du dit fonds et qu'il l'a signalé à l'attention de l'acquéreur ; il ne peut alors prétendre à aucune rémunération. Et l'agent d'affaires qui a pratiqué une opposition sur le prix du fonds de commerce entre les mains de l'acquéreur, doit être condamné à réparer le préjudice causé au vendeur, pratiquée en vertu d'un titre et pour une cause aussi discutable. (2)

Cette première opinion, qui méconnaît que le rôle d'un intermédiaire est principalement l'indication des affaires à traiter, et le caractère obligatoire des obligations correctes entre parties, tend aujourd'hui à perdre du terrain au profit d'un deuxième système qui penche à considérer l'intermédiaire comme étant essentiellement et uniquement un indicateur des affaires à vendre, profession aussi utile et licite que toute autre.

Il suffit, si la vente est conclue, que l'agent d'affaires ait indiqué l'acquéreur, sans qu'il soit nécessaire

---

(2) Riom 5 Juillet 1932. Goz. Palais 1932-2-673.

qu'il ait abouché les parties ainsi qu'il en avait pris l'engagement. (1)

Le propriétaire d'un fonds de commerce qui a promis une rémunération à une agence de publicité, dans le cas où elle lui ferait vendre son fonds est tenu de la payer, alors même que l'acte de vente et ses commissions auraient été rédigés par les soins d'un notaire. L'agence a seulement à démontrer que l'acquéreur a été mis en relations avec le vendeur sur ses indications pour que la commission convenue lui soit acquise. (2)

Le vendeur d'un fonds de commerce ayant encaissé le dédit de l'acquéreur doit une commission à l'agent d'affaires qui a indiqué l'acquéreur, bien que la commission n'ait été convenue que si l'affaire était réalisée. (3)

Mais si l'intermédiaire ne justifie pas d'un véritable travail de découverte et d'acheminement de l'acquéreur vers l'affaire traitée, nous pensons que

---

(1) Trib. civ. Seine 7 Nov. 1906. Gaz. Palais 1906-2-349.

(2) Trib. Com. St-Etienne 12 Juillet 1928. Gaz. Palais 1928-2-833.

(3) Trib. Paix Dourgne 27 Janvier 1932.

Voir dans le même sens : Trib. Civ. Seine 28 Juin 1895. Gaz. Palais 1895-2-182. — Trib. Com. St-Lô 20 Juillet 1910. Gaz. Com. — Lyon 3 Janvier 1912. Trib. Com. — St-Etienne 8 Janvier 1931. Gaz. Trib. 4 Juin 1931.

dans ce cas, le tribunal peut, à juste titre, réduire la commission stipulée par l'agent d'affaires, voire la supprimer, si le vendeur et l'acquéreur étaient déjà en relations en vue de la conclusion de l'affaire signalée par lui. (1)

Tel est l'aspect général de la jurisprudence relative à la question de l'exigibilité de la commission au cas d'indication d'un fonds de commerce à vendre ou à acheter, par l'intermédiaire en fonds de commerce. A notre avis, il ne saurait y avoir place à aucun doute lorsque le bon de commission porte la mention très fréquente que « la commission sera due à l'intermédiaire en cas de vente intervenue par son entremise ou sur sa simple indication ». La convention fait la loi des parties et il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer quand elle est licite comme dans le cas présent. Mais à défaut de cette mention expresse, quelle solution doit-on adopter ?

Nous optons délibérément pour la deuxième tendance de la jurisprudence : l'intermédiaire a droit à la commission convenue. Nous considérons que l'intermédiaire est avant tout un agent indicateur de fonds

---

(1) Chambéry 17 Mars 1926. Gaz. Palais 1926. S. 1926-2-39. — Rec. du Havre 1926-2-235. — Trib. Civ. Le Havre 5 Décembre 1925. Gaz. Palais 1926-1-337.

à vendre et nous appuyons notre conviction sur deux arguments essentiels : l'un est juridique et l'autre pratique : le Conseil d'Etat ne range-t-il pas dans la catégorie des agents d'affaires (5e classe) les intermédiaires qui se bornent à l'indication de fonds de commerce, sans se charger de la rédaction des actes ? Enfin la conclusion de la vente à laquelle est subordonné le paiement de la commission étant l'objet primordial des prévisions des parties, si elle se réalise grâce à l'indication de l'intermédiaire, pourquoi refuser à celui-ci le paiement de sa commission puisqu'il est la cause initiale de la vente, et que sans lui l'affaire n'aurait pas été conclue ? En conséquence, nous en déduisons l'effet suivant : si le vendeur s'est adressé à plusieurs intermédiaires à la fois pour réaliser son affaire, la commission revient à celui qui l'a signalée le premier à celui qui s'est rendu acquéreur, sans qu'il y ait lieu à partage de cette commission. Mais l'intermédiaire, dernier en rang, pourrait, pensons-nous, s'adresser au vendeur pour lui réclamer le remboursement de ses démarches, peines et soins, s'il ne le prévenait en temps utile de son entrée en rapports avec le véritable acquéreur pour lui éviter de poursuivre ses recherches.

Dans toutes les hypothèses que nous venons

d'examiner, nous avons supposé que l'entremise de l'intermédiaire avait déterminé non seulement l'accord des parties, mais encore la conclusion définitive de la vente et la prise de possession du fonds négocié. Le droit à la commission ne saurait, dans ce cas, être contesté dans son principe. En est-il de même dans l'hypothèse assez fréquente où le contrat étant définitivement conclu, la vente est par la suite soit annulée, soit résiliée, soit résolue ? La commission reste-t-elle toujours due ?

L'affirmative n'a jamais été contestée. L'intermédiaire a pleinement exécuté son mandat : il y a accord des parties ; dès lors la conclusion de la vente est parfaite. Peu importe que la vente soit plus tard annulée, résiliée, ou résolue, à moins que la nullité ou la résolution ne soit imputable à une faute de l'intermédiaire. La jurisprudence, depuis de longues années, a toujours statué dans ce sens [1]. Mais si une faute grave peut être relevée à la charge de l'intermédiaire,

---

(1) Paris 22 Novembre 1873. Journ. Trib. Com. 1874-180. 14 Nov. 1876 ibid. 1876-177. ibid. 14 Mars 1891. ibid. 1892-322. ibid. Trib. Com. Lyon 22 Nov. 1910. ibid. 3 Juin 1911. Gaz. Com. Lyon 27 Mai 1911. Trib. Com. Seine 26 Nov. 1911. La loi 10 Février 1912. Trib. Com. Dijon 6 Mars 1912. Rec. Dijon page 105. Trib. Com. Nantes 15 Janv. 1927. Rec. Nantes 1927-420. Civ. 18 Juillet 1911. D. P. 1913-1-487.

celui-ci se trouve déchu de tout droit à la commission, indépendamment des dommages-intérêts dont il se rend passible par suite du préjudice causé à son mandant, par exemple s'il présente un acquéreur qu'il savait pertinemment être insolvable. (1)

D'ailleurs, le tribunal conserve la faculté de réduire la commission, si l'inexécution est partiellement imputable à l'intermédiaire. (2)

En terminant cette étude du droit à la commission, faisons succinctement quelques observations d'ordre général. Le droit à l'allocation de la commission n'implique pas la nécessité d'une stipulation expresse, celle d'une juste rémunération étant toujours sous-entendue lorsque la procuration est donnée à un mandataire de profession. L'intermédiaire a toujours le droit de réclamer le remboursement de ses peines et soins même au cas d'insuccès, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat de mandat aléatoire. Si aucun salaire n'a été convenu, le juge est investi d'un pouvoir souverain pour en apprécier le montant, eu égard aux peines et soins de

(1) Req. 15 Décemb. 1856. D. P. 1857-1-170. Trib. Com. Seine 10 Févr. 1886. Journ. Trib. Com. 1887-147. Paris 15 Nov. 1901. Gaz. Trib. 1902 tome 1-2-388.

(2) Trib. Com. Lyon 19 Décemb. 1910. Gaz. Com. Lyon 27 Mai 1911. Comp. Req. 24 Juin 1872. D. P. 75-1-21. Montpellier 6 Février 1893. D. P. 94-2-212. Lyon 28 Mai 1925. Mon Jud. Lyon 28 Août 1925.

l'intermédiaire [1]. La commission est généralement fixée à 5 % du prix, lorsque celui-ci s'est occupé de toutes les négociations et de la rédaction de l'acte. Bien entendu la charge de la preuve que c'est par son entremise que le fonds a été vendu incombe au mandataire. La réponse du vendeur d'un fonds de commerce à une demande de renseignements émanée d'un courtier, ne constitue pas un engagement de sa part vis-à-vis de ce courtier, ni la preuve indiscutable nécessaire d'un mandat de vente dont il aurait été investi.

La commission est due par le vendeur du fonds. Elle ne saurait être réclamée à l'acheteur. Seuls les honoraires de rédaction et d'accomplissement des formalités postérieures à l'accord des parties incombent à ce dernier.

L'intermédiaire n'est protégé par aucune garantie légale pour le paiement de son salaire. « Pas de privilège sans texte » dit un vieux brocart. Les privilèges toujours considérés comme étant de droit étroit, ne sauraient être étendus à des personnes autres que celles expressément prévues par le Code. On a songé à lui accorder le droit de rétention sur les pièces qui se trouvent en sa possession. Malgré son extension

(1) Req. 15 Juillet 1896. D. P. 1896-1-561.
Riom 6 Novembre 1931. Gaz. Palais 1932-1-325.

considérable par la jurisprudence, il semble que ce soit à bon droit que la jurisprudence en refuse le bénéfice à l'intermédiaire. Car l'article 1948 du Code civil ne s'applique au dépositaire que pour les frais qui ont pu lui être occasionnés par ce dépôt. Or, l'intermédaiire invoque le droit de rétention pour des frais antérieurs au dépôt, comme la commission, ou bien concomitants comme les honoraires dûs pour l'accomplissement des formalités postérieures à la vente. Ce sont là des frais indépendants du dépôt. L'art. 1948 Code civil ne peut donc être invoqué.

En pratique, lorsque l'intermédiaire est chargé de la répartition du prix, il retient sa commission en procédant à la distribution. Mais si le prix est insuffisant pour désintéresser les créanciers, il ne peut que se faire payer au marc le franc, sans pouvoir invoquer pour se faire payer par préférence soit l'art. 657 C. Proc., soit les articles 1948 et 2102 3e Code civil. Et l'intermédiaire qui aurait touché sa commission connaissant l'état de cessation des paiements du vendeur, pourrait être tenu de la rapporter pour ne recevoir que le dividende lui revenant dans la distribution ultérieure de l'actif du failli, mais il échapperait à l'obligation du rapport si l'on ne parvenait pas à démontrer qu'il a connu la cessation des paiements

du vendeur, ce qu'il appartient au juge du fait d'apprécier souverainement.

Enfin si la convention était nulle, comme contraire à l'ordre public, l'intermédiaire n'aurait droit à aucune rémunération. Ainsi une jurisprudence à peu près constante considère comme entachée de nullité pour cause illicite l'engagement pris envers un agent matrimonial de lui payer une somme fixée à forfait pour le cas où ses démarches aboutiraient à la réalisation du mariage. Au contraire, l'agent matrimonial est fondé à réclamer la rémunération de ses frais et démarches quand cette rémunération n'est pas subordonnée au succès de la négociation. Si la vente du fonds de commerce était nulle comme contraire à la loi, il faudrait appliquer le même principe par voie d'analogie.

Chapitre II

RÉDUCTIBILITÉ DES SALAIRES DE L'AGENT D'AFFAIRES ET SPÉCIALEMENT DE L'INTERMÉDIAIRE EN FONDS DE COMMERCE

Section I

EXAMEN DOCTRINAL ET JURISPRUDENTIEL

Nous avons indiqué dans un précédent chapitre que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que les missions confiées à des personnes qui, comme les agents d'affaires et les intermédiaires, exercent une profession lucrative, doivent, si elles rentrent dans l'exercice normal de cette profession, être présumées salariées.

A défaut de convention entre les parties sur le

montant des salaires à allouer à un agent d'affaires ou à un intermédiaire, il appartient naturellement aux tribunaux d'arbitrer le taux de ces honoraires selon les usages de la profession, de la place et l'importance des démarches du mandataire.

Malheureusement, la jurisprudence, depuis le début du siècle dernier, prétend ne pas limiter à cette hypothèse, ses droits de regard et d'arbitrage : les tribunaux sont unanimes ou presque à s'arroger le droit de revision et de réduction des salaires stipulés, même lorsqu'ils ont été librement consentis et qu'ils résultent d'une convention claire et précise, s'ils leur paraissent excessifs. Cette jurisprudence s'inspire principalement de considérations d'ordre pratique et d'arguments divers que nous allons succinctement passer en revue ; après quoi nous tenterons de dégager les grandes lignes de cette jurisprudence particulièrement touffue. Enfin, dans un dernier chapitre, nous tenterons une étude critique de cette même jurisprudence.

a) LA DOCTRINE

Pont est l'inventeur d'un premier argument dont le principe même trouverait implicitement sa base dans l'article 1999 al. 2 du Code civil, ainsi conçu :

« Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires, lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ». Donc, si le législateur a pris le soin de spécifier que les frais et avances faits par le mandataire n'étaient pas sujets à réduction, a contrario les salaires ne doivent pas échapper au principe de la réductibilité implicitement formulé dans cet article. (1)

Cette interprétation, plus spécieuse que fidèle, ne nous paraît pas admissible. Si le législateur a entendu que la note des frais et avances présentée par le mandataire échappe à la réduction, c'est précisément parce que, au cas de silence du Code, on n'aurait jamais songé à refuser au mandant ce droit de discussion. D'ailleurs, cette opinion va trop ouvertement à l'encontre du principe fondamental de l'effet obligatoire des conventions librement débattues entre les parties, posé par l'article 1134, pour mériter quelque crédit.

---

(1) Des petits contrats, titre XIII. Du mandat N° 1109.

Troplong, ancien premier président de la Cour de Cassation, est l'auteur d'un deuxième système fondé sur la nature gratuite du mandat qui conserve le caractère d'un service alors même qu'il est rétribué et dont la rémunération, en vertu de cette gratuité d'origine, doit toujours rester modique, et ne pas dépasser des limites modérées [1]. Voici en quels termes il s'exprimait : « Quand l'honoraire a été fixé par la convention, il peut être réduit s'il excède les bornes de l'usage et paraît exagéré. La jurisprudence maintient aux tribunaux ce droit supérieur, droit qui découle de la nature du mandat et des différences qui séparent la commission de la location d'ouvrage. Pourquoi les agissements de l'agent d'affaires sont-ils soumis à cette revision du magistrat ? Parce qu'il faut qu'ils conservent le caractère de services, alors même qu'ils sont rétribués ; parce qu'il ne faut pas que des conventions trop acerbes d'un côté, trop faciles de l'autre, enlèvent toute espèce de gratuité à un ministère si utile ; parce que de tels agissements étant de la classe des mandats ne doivent pas être tarifés arbitrairement par les parties, comme dans le louage, parce que le salaire doit en rester modique, ainsi qu'il doit toujours être dans le mandat. »

---

(1) Du mandat N° 247 et 632.

Nous avons dit plus haut ce qu'il faut penser aujourd'hui de cette prétendue gratuité du mandat en face des textes aussi catégoriques que les articles 1986 et 1999 du Code civil. Depuis la confection du Code civil, le contrat de mandat se présente sous deux aspects différents : ou bien il est gratuit, ou bien il est franchement onéreux, lorsque les parties l'ont voulu tel. Le mandat gratuit d'ailleurs devient rare : on ne cite guère en exemple que celui de l'exécuteur testamentaire. Le mandat constitue, par l'effet de la stipulation d'un salaire, un contrat à titre onéreux ordinaire. Pourquoi alors vouloir le différencier des autres contrats à titre onéreux où la volonté fait la loi des parties ?

Larombière préconise l'opinion alambiquée de la cause insuffisante fondée sur l'article 1131 du Code civil : « Lorsqu'une obligation est contractée sous l'empire d'un consentement irréfléchi ou passionné, dit-il, si elle est outrée, elle n'a pas de cause suffisante. Il appartient aux juges d'apprécier la cause, d'en vérifier la suffisance et de réduire l'engagement aux justes proportions que la réflexion lui assigne et que l'ivresse seule d'un sentiment en délire avait fait dépasser... En vain, objecte-t-on, que le juge en modérant les conventions viole la loi du contrat. Les conventions

ne sont, en effet, la loi des parties que lorsqu'elles sont légalement formées. Or les engagements dont nous nous occupons sont contraires à la loi, au moins pour toute la portion qui en constitue l'excès et, à l'égard de laquelle il y a défaut de consentement libre ou de cause suffisante » [1]. Donc, l'engagement de payer un salaire excessif pour un service rendu est nul, tout au moins pour toute la portion qui en constitue l'excès et, à l'égard de laquelle il y a absence de consentement libre ou de cause suffisante. La réduction du salaire dans cette mesure est conforme au droit.

Ce système, malgré toute son ingéniosité, prête le flanc à la critique sur le plan juridique sur lequel il prétend se placer pour sa justification. D'abord, comment déterminer de façon précise cette portion du salaire à laquelle ne correspond pas une cause suffisante ? C'est ouvrir la porte à l'arbitraire et à l'incertitude. Pour les auteurs anti-causalistes, évidemment cet argument ne mérite pas de retenir l'attention. Enfin et surtout, l'auteur situe le débat soit sur le terrain des vices du consentement, soit sur celui de la cause. Au premier cas, en dehors de l'hypothèse où le consentement est vicié par l'erreur ou extorqué par violence ou

---

(1) Théorie et pratique des obligations, t. I ; sur l'article 1131 N° 13 page 279-281.

surpris par le dol, seule la lésion pourrait justifier la nullité de la convention : or personne n'ignore que la lésion n'est une cause de rescision entre majeurs que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, limitativement déterminées (Art. 1118 C. Civ.), au nombre desquels ne figure pas l'agent d'affaires. Dans la deuxième hypothèse, l'obligation assumée par l'agent d'affaires ou l'intermédiaire d'exécuter son mandat est la cause naturelle de l'obligation pour le mandant de payer le salaire convenu.

Ces quelques auteurs mis à part, cette opinion autoritaire qui accorde aux tribunaux la faculté de réduction du salaire promis à l'agent d'affaires ou à l'intermédiaire à la juste rémunération du service rendu, ne rencontre plus d'adeptes dans la doctrine. Tous les auteurs sont unanimes à reconnaître à l'agent d'affaires le droit à l'intégralité du salaire stipulé. (1)

Laurent, dans ses principes de droit civil semble être un des juristes qui se soient insurgés le plus violem-

---

(1) Aubry et Rau : T 4 page 649 § 414 note 9 ; Baudry, Lacantinerie : précis de droit civ. t. 2 N° 1194 ; Baudry, Lacantinerie et Wahl : Tr. du mandat N° 738. Demolombe t. 24 N° 201 et revue de législation 1846 t. 2 P. 445 et S. Laurent t. 27 N° 347 et suiv. Toullier t. 6 N° 85 Planiol : tr. Elem. de droit civ. t. 2 N° 2236. Colin et Capitant : tr. de droit civ. Tome 2 du mandat.

ment contre ce droit de regard arbitraire que s'arroge la jurisprudence : « Si les conventions sont une loi pour les parties, tranche le commentateur du Code civil, elles sont aussi une loi pour le juge. Il est appelé à exécuter les contrats et non à les modifier ; aucune considération d'équité ne l'y autorise ; quand il y a des raisons pour permettre au juge de modifier les conventions, c'est au législateur et à lui seul de voir si le bon sens doit l'emporter sur le droit strict. Quelque inique que paraisse une convention, le juge doit l'exécuter. Le législateur laisse aux parties le soin de veiller à leurs intérêts et généralement elles le font avec plus d'exactitude et d'intelligence que ne le ferait le juge... Que si les parties se trompent, elles doivent s'en prendre à leur négligence, la loi ne vient pas au secours de ceux qui négligent leurs intérêts. Ces principes reçoivent leur application au salaire conventionnel... La convention fait la loi des parties quelque excessif que paraisse le salaire. Les parties l'ont voulu ainsi... Cela est décisif. »

Aubry et Rau partagent la même opinion lorsqu'ils écrivent : « On ne saurait reconnaître aux tribunaux le pouvoir de réduire le salaire promis sous le seul prétexte qu'il est excessif. Il en est ainsi en principe, même pour le mandat conféré à un agent

d'affaires. » Les auteurs les plus récents comme Planiol et MM. Colin et Capitant n'hésitent pas à se rallier à la même opinion.

b) LA JURISPRUDENCE

Disons immédiatement qu'il serait téméraire d'essayer de donner une nomenclature complète des décisions judiciaires qui ont affirmé et appliqué le droit pour les tribunaux de réduire les salaires stipulés par les agents d'affaires en général et les intermédiaires en fonds de commerce spécialement, lorsque ces salaires ont été librement consentis et qu'ils résultent d'une convention claire et précise, s'ils leur paraissent excessifs et disproportionnés avec les services rendus.

L'impression générale qui se dégage à la lecture des attendus des décisions judiciaires, jugements et arrêts, est que cette jurisprudence semble inspirée spécialement par des considérations d'ordre pratique, sentimental et d'équité. L'objectif des tribunaux « paraît être de donner aux besoins de la pratique et au sentiment de l'équité toute satisfaction » [1] spécia-

(1) E. H. Perreau : Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé ; revue trim. de droit civil 1912 P. 637.

lement au cas d'abus, assez fréquent, reconnaissons-le, dans les stipulations d'honoraires par les agents d'affaires profitant du manque d'expérience ou exploitant la gêne et le besoin d'argent de leurs clients qui acceptent par ignorance ou nécessité les conditions draconiennes qui leur sont proposées. Les tribunaux tendent aussi à considérer les agents d'affaires et les intermédiaires comme une catégorie de gens, suspects à priori, qui ne sauraient se prévaloir des effets des conventions à leur profit, mais qui peuvent se les voir opposer à leur détriment.

Les premières bases de cette jurisprudence semblent avoir été jetées par un jugement du Tribunal de Meaux en date du 6 Mars 1822, confirmé le 6 Janvier 1823 par un arrêt de la Cour de Paris. Cet arrêt fit l'objet d'un pourvoi en Cassation pour violation de l'article 1134 du Code civil. La Chambre des Requêtes rendit un arrêt en date du 11 Mars 1824 rejetant le pourvoi par le motif que l'arrêt entrepris n'avait violé en aucune façon la loi, en déclarant que tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et règlement par le juge, mais, chose curieuse, sans avoir motivé sa décision. Il importe de s'attarder à l'analyse de cette affaire puisqu'elle a été l'occasion de l'affirmation d'un dogme par la jurisprudence.

Un sieur Isart, agent d'affaires, avait été mandaté par les héritiers Desgardes, de la liquidation de la succession de leur père et mère qui comprenait de nombreuses créances dont le recouvrement et le partage entre les héritiers lui furent confiés moyennant une commission fixée du commun accord des parties à 5 % portant tant sur le montant des créances recouvrées contre les tiers que sur le rapport à effectuer par les héritiers eux-mêmes, étant bien stipulé dans le mandat écrit qu'au cas de révocation de celui-ci par les héritiers Desgardes, le sieur Isart conserverait son droit à l'intégralité du salaire convenu sur le montant total des créances à recouvrer et des rapports à effectuer par les héritiers. Pendant le cours des opérations, les mandants révoquèrent le mandat confié à Isart, offrant à ce dernier 5 % sur le montant des créances recouvrées contre les débiteurs de la succession, mais refusant tout salaire formellement stipulé sur les rapports à effectuer par eux-mêmes.

Une instance en paiement d'honoraires est engagée par l'agent d'affaires contre les héritiers Desgardes devant le tribunal de Meaux. A la date du 6 Mars 1822 intervient le jugement dont le principal mérite rétrospectif pour le critique consiste dans la recherche d'une justification juridique de sa décision. Après

examen de l'article 1794 du Code civil, aux termes duquel : « le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique le travail soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous les travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise, le tribunal déclare qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un marché à forfait conclu avec un entrepreneur et que l'art. 1794 est inapplicable. Le contrat intervenu est au contraire un mandat salarié donné à un agent d'affaires auquel le Code civil n'accorde pas les avantages conférés à l'entrepreneur. Puis, appréciant le taux du salaire convenu, le jugement précise que celui-ci est en disproportion évidente avec le salaire qui serait légitimement dû à l'agent d'affaires, que les stipulations relatives à ce salaire sont exorbitantes et même illicites puisqu'elles auraient pour effet d'imposer aux héritiers Desgardes l'obligation de payer sans cause 5 % des créances non recouvrées et non recevables, même des rapports dus aux héritiers, qu'il est du droit et du devoir du tribunal d'apprécier et de réduire à son taux légitime le salaire qu'elles ont pour objet. La demande de l'agent d'affaires est réduite à 5 % sur le montant des créances réellement recouvrées avant la révocation du mandat.

Appel est interjeté de ce jugement et le 6 Janvier 1823, la Cour confirme purement et simplement en précisant que tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et à règlement par le juge.

Un pourvoi en cassation vient consolider cette opinion en déclarant, dans un arrêt fameux en date du 11 Mars 1824, que l'on peut sans crainte taxer de disposition règlementaire prohibée par l'art. 5 du Code civil, que l'arrêt entrepris n'avait violé aucun texte de loi en décidant, par une formule succinctement péremptoire, que tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et à règlement par le juge. La Chambre des Requêtes écarte de même le moyen tiré de l'article 1134 du Code civil, mais sans justifier cette décision.

Depuis cet arrêt de 1824, le droit pour les tribunaux de reviser et de réduire les salaires relatifs à la rétribution des mandats d'agents d'affaires, lorsque ces salaires sont excessifs, eu égard à l'importance des soins, démarches et peines des mandataires, a acquis l'autorité d'un dogme dans tout son laconisme et toute sa rigueur, à part quelques décisions restées isolées et qui, en tout cas à notre connaissance, n'ont jamais été homologuées par la Cour de Cassation.

Aussi la majorité des décisions judiciaires se bor-

nent à affirmer dans une formule aussi laconique que péremptoire « leur pouvoir discrétionnaire d'appréciation souveraine », « le droit et le devoir de réglementer de tels contrats », « le droit de contrôle et de révision qui appartient aux tribunaux en cette matière » sans justification à l'appui de ces affirmations. Souvent les arrêts et jugements ajoutent que la rétribution stipulée par l'intermédiaire est réductible lorsqu'elle est excessive, eu égard à l'importance de ses peines, soins et démarches, question d'appréciation souveraine par les tribunaux.

Certaines décisions judiciaires, essayant d'échafauder des systèmes pour motiver la révision des conventions passées avec l'intermédiaire, s'appuient sur la gratuité du mandat enseignée par Troplong et la nécessité par suite de conserver leur caractère de modicité aux commissions stipulées par les intermédiaires. (1)

Une jurisprudence intéressante, mais peu suivie, a tenté de rattacher la réductibilité du salaire de l'intermédiaire à la nécessité de la taxe des officiers ministériels d'ordre public : toutes conventions d'honoraires plus élevés que ceux fixés par les tarifs légaux, tout règlement amiable et même tout paiement volon-

(1) Bordeaux 12 Février 1857. S. 1858-2-554.

taire ne peuvent en ce cas empêcher les parties de faire reviser et restreindre par la justice de pareils traités et même de répéter ce qui aurait été indûment payé à cet égard ; ces principes doivent s'appliquer à tous agents d'affaires et mandataires qui, quoique non soumis à des tarifs réguliers exercent en fait les mêmes fonctions que les officiers ministériels, en se chargeant de la direction et de l'administration des affaires d'autrui. (1)

D'autres décisions, assez nombreuses, prétendent justifier le droit d'appréciation souveraine des tribunaux par la thèse de la « cause insuffisante », citée plus haut de Larombière : les tribunaux, pour faire bonne justice, sont dans l'obligation de rechercher si la rétribution stipulée par l'intermédiaire ne constitue pas, en tout ou partie, un engagement sans cause, et de réduire l'obligation en résultant dans la mesure qui en constitue l'excès. En outre, la cause de l'obligation contractée par le mandant ne prend naissance que postérieurement à l'exécution du mandat, et l'engagement de ce dernier ne peut être apprécié au moment même où il est souscrit.

« Attendu que le contrat dont s'agit dégénère en une obligation de faire de la part de l'agent à

(1) Paris 20 Novembre 1854. S. 1854-2-688.

laquelle est subordonnée celle de payer la somme promise de la part du mandant au client. Cela revient à dire : 1° Que le salaire de l'agent d'affaires doit toujours être proportionné à ses peines et soins ; 2° que l'importance et l'utilité de ses soins ne pouvant être appréciées en connaissance de cause qu'après l'exécution de ce mandat, toute convention antérieure relative au salaire est viciée dans son principe, le consentement du mandant ayant été donné dans l'ignorance des bases légitimes de la cause de l'obligation.» (1)

Tels sont les principaux arguments par lesquels la jurisprudence prétend justifier son droit de contrôle sur le salaire stipulé par l'intermédiaire en fonds de commerce, lorsque ses décisions tentent de se placer sur le terrain juridique : gratuité du mandat, taxe des officiers ministériels, cause insuffisante, impossibilité pour le mandant d'apprécier l'utilité du service rendu avant l'exécution du mandat. Reconnaissons immédiatement que ces tentatives d'argumentation juridique sont l'exception et que le plus généralement les tribunaux ne s'appuient que sur les considérations de fait et d'équité de l'espèce pour justifier la révision du contrat passé avec l'intermédiaire.

D'après l'opinion dominante en jurisprudence, la

(1) Paris 11 Décembre 1911. Gaz. Palais 1911-1-140.

commission est réductible à la juste rémunération du service rendu, dès qu'elle paraît excessive, eu égard aux peines et soins de l'intermédiaire. Selon cette opinion, la négociation d'un fonds de commerce implique l'accomplissement d'une triple mission pour que son exécution puisse être considérée comme complète : découverte de l'amateur, tractation et rédaction de l'acte. Dans cette hypothèse, une commission fixée à 5 % apparaît normale.

Le fait d'avoir donné quelques renseignements sommaires concernant un fonds de commerce à vendre sans avoir mis en relations effectives vendeur et acheteur, ne peut donner lieu qu'à un salaire réduit, généralement ramené à 1 % ou 1,50 % ; quelquefois même tout salaire, si minime soit-il, est refusé, le mandat n'ayant pas reçu exécution. (1)

Lorsqu'un vendeur de fonds de commerce a promis une commission élevée à la personne qui lui trouverait acquéreur à prix fixé à une certaine somme, le commissionnaire ne peut réclamer la dite rémunération si la vente a été réalisée à un prix très inférieur, surtout lorsque l'intermédiaire ne s'est pas occupé de toutes les négociations et de la rédaction de l'acte. Il appartient dès lors au juge de fixer le montant de la

(1) Trib. Com. Seine 23 Juillet 1910. D. 1911-5-1.

commission proportionnellement au service rendu. (1)

Le salaire de l'intermédiaire de la vente d'un fonds de commerce est fixé par la jurisprudence constante du tribunal à 5 %, quand après avoir découvert un acheteur et avoir amené les parties à traiter, il a rédigé les actes et rempli toutes les formalités légales et d'usage. Elle est ramenée à un taux moindre quand il n'a pas rempli toutes ces formalités. (2)

La clause pénale, insérée dans un bon de commission consistant dans la stipulation d'une indemnité forfaitaire au profit de l'intermédiaire au cas de révocation du mandat, n'a pas davantage trouvé grâce devant les tribunaux : ceux-ci n'hésitent pas à la considérer comme un salaire tributaire du droit de revisibilité, fût-elle stipulée à titre d'honoraires et de démarches. (3)

Il arrive parfois que le taux de la commission n'est pas réglé par les parties au moment de la formation du contrat. Les tribunaux prennent alors qualité, à juste titre d'ailleurs, pour arbitrer le salaire qui peut être alors légitimement dû. Nous pensons, quant

---

(1) Rennes 3 Mars 1928. Rec. Rennes 1928-250.

(2) Trib. Com. Le Havre 17 Déc. 1928. Rec. Le Havre 1929-1-31.

(3) Riom 16 Déc. 1907. Cassation 27 Janvier 1908. S. 1908-1-223.
Trib. Civ. Seine 24 Juillet 1913. Gaz. Pal. 1913-2-484.

à nous, que dans cette hypothèse, ils devraient alors se référer aux usages de la Place et allouer à l'intermédiaire le taux qui y est en vigueur. Quelques décisions ont adopté ce point de vue et accordé le taux de 5 %, généralement adopté par les agents d'affaires. Mais le plus généralement encore le pouvoir discrétionnaire d'appréciation des tribunaux lui substitue un taux arbitraire, eu égard à l'importance du service rendu par l'intermédiaire.

On est généralement d'accord pour reconnaître aux tribunaux le droit de réduire la commission de l'intermédiaire lorsque le mandat a lui confié n'a été exécuté que partiellemnt, soit que sa révocation non intempestive ni frauduleuse par le client soit intervenue avant l'indication de l'affaire par le mandataire, soit qu'une formalité, telle que la rédaction de l'acte qui lui aurait été imposée formellement dans le bon de commission, n'ait pas été exécutée par lui.

De même, si l'intermédiaire se rend coupable de fautes dans l'exécution de son mandat, la commission stipulée est équitablement réductible ou peut même être supprimée selon le degré de gravité de la faute commise, indépendamment des dommages-intérêts dont il pourrait se rendre passible à l'égard de son client, dont il est en quelque sort le conseil au cas de faute

lourde. Si l'acquéreur présenté par l'intermédiaire est insolvable, nous croyons qu'il faut faire une distinction avant d'aborder la question de la détermination du salaire à accorder au mandataire. Celui-ci eût-il pu prévoir l'insolvabilité de l'acquéreur par la recherche de renseignements sommaires ? La commission sera réductible dans une proportion laissée à l'appréciation du Tribunal. Au contraire, l'intermédiaire connaissait-il pertinemment l'insolvabilité de l'acquéreur ou serait-il l'auteur ou le complice d'une fraude entraînant la nullité de la vente ? Non seulement aucune commission ne serait due, mais encore cette fraude légitimerait une action en dommages-intérêts en réparation du projudice subi par le vendeur par l'annulation de la vente.

Deux questions aussi importantes que fréquentes dans la pratique des ventes de fonds de commerce méritent de retenir l'attention pendant quelques instants.

1° Qu'advient-il de la commission au cas où, les parties ayant convenu dès la signature du contrat d'un dédit ou acompte à valoir sur le prix, la vente n'est pas réalisée définitivement et le dédit est abandonné au bénéfice de l'une des parties ?

2° La vente étant réalisée définitivement et la commission ayant peut-être déjà été payée, qu'ad-

vient-il de la commission, si la vente est annulée ou résolue ultérieurement ?

Dans la première hypothèse, il convient de faire une sous-distinction : l'acompte à valoir sur le prix de vente n'est-il qu'une avance consentie par l'acquéreur ? Alors la vente est parfaite et l'intermédiaire conserve son droit à la commission. Celui-ci pourra se payer sur cet acompte qui, dans la pratique, est ordinairement versé entre ses mains. Au contraire, le dédit n'a-t-il été envisagé que par les parties que comme une indemnité pour le cas où l'une d'elles manquerait à ses engagements ? Nous pensons, quant à nous, que l'intermédiaire conserve toujours son droit à la commission qu'il appartient aux Tribunaux de déterminer en équité. On ne saurait soutenir que cette commission soit intégrale puisque le mandat n'a pas été exécuté. Fréquemment, les intermédiaires, en prévision de cette éventualité, stipulent dans le bon de commission qu'ils conserveront le droit à une fraction du dédit, si la vente n'est pas réalisée. Il y a là une convention licite que les Tribunaux même doivent respecter par application de l'article 1134 du Code civil. La jurisprudence, s'arrogeant encore ici le droit de contrôle des salaires de l'intermédiaire, réduit cette commission dans de notables proportions et n'alloue aux mandataires

qu'une indemnité représentant la réparation de leurs peines et soins. (1)

Dans la deuxième hypothèse, nous avons supposé que la vente ayant été conclue et le droit à la commission étant acquis, cette vente est annulée ou résolue ou le prix stipulé par les parties subit une réduction. Ici encore une sous-distinction s'impose : la vente a-t-elle été résolue par le fait du vendeur qui, par exemple, a promis à l'acquéreur une prolongation de bail dont la défaillance provoque la résolution de la vente, ou par des manœuvres frauduleuses, en exagérant démésurément le chiffre d'affaires, subit une réduction du prix. Dans ce cas, l'intermédiaire a droit à l'intégralité de sa commission (2). Au contraire, supposons que la vente soit résolue par le fait de l'acheteur qui manque aux obligations à lui imposées par le contrat. De deux choses l'une : l'annulation de la vente a-t-elle lieu pour une cause indépendante de la volonté de l'intermédiaire ? la jurisprudence reconnaît alors le droit à rénumération stipulée, à moins que le bon de commission ne prévoie expressément que le paiement du salaire est subordonné à la réalisation de la vente. Au

---

(1) Cassation 27 Janvier 1908. D. 1908-1-155. S. 1908-1-223.

(2) Paris 31 Janvier 1906. J. C. 1906 N° 16.800.

contraire, l'intermédiaire savait-il pertinemment que l'acquéreur par lui présenté insolvable qui ne prend pas possession du fonds vendu ? Aucune commission dans ce cas n'est due. (1)

Voici une autre hypothèse : c'est d'un commun accord que vendeur et acheteur conviennent de réputer le contrat de vente intervenu non avenu, alors aucun doute possible : la commission est due. (2)

Supposons une vente conclue par un intermédiaire ayant une cause illicite et contraire à la loi ou à l'ordre public : l'agent a prêté son entremise à la cession d'une maison de jeu, d'un cabinet d'affaires s'occupant principalement d'opérations de cavalerie, ou d'une maison de tolérance, la cause d'une pareille cession étant illicite, nous refusons à l'intermédiaire tout droit à la commission.

Il est cependant un certain nombre d'hypothèses où la jurisprudence est unanime à dénier aux Tribunaux le droit de réviser la commission stipulée par l'intermédiaire. Nous avons dit en tête de ce chapitre que ce sont des considérations d'ordre pratique et d'équité qui ont inspiré cette jurisprudence ; les diver-

---

(1) Paris 8 Décembre 1906. J. C. N° 17.137.

(2) Com. Seine 3 Août 1905. J. C. 1907 N° 17.001.

ses juridictions et en particulier les Tribunaux consulaires sont amenés, pour empêcher des abus, à protéger un vendeur, peut-être pressé par la nécessité, contre sa propre faiblesse, son inexpérience ou son ignorance et à réviser et réduire le salaire stipulé par l'intermédiaire et à son profit.

Toutes ces considérations disparaissent, en effet, lorsque, le mandat ayant été exécuté, le compte où figure la commission a été arrêté et approuvé et où le reliquat dû par l'agent a été versé entre les mains du mandant. Dans ce cas, la jurisprudence est unanime à proclamer que le salaire fixé d'un commun accord après l'exécution du mandat est irréductible [1]. De même si le salaire a été stipulé en pleine connaissance de cause après que la vente a été effectuée [2] ou lorsque le débiteur a lui-même fixé la rémunération qu'il estime correspondre au service rendu. [3]

---

(1) Rouen 12 Décembre 1881. S. 82-2-227. — Montpellier 6 Février 1893 D. P. 94-2-212 et D. 94-2-208. — Paris 10 Août 1893. Journ. Trib. Com. 1894-429. Trib. Civ. Seine 15 Déc. 1903 Droit 9 Mars 1904. Trib. Com. Seine 26 Déc. 1911 la loi 10 Févr. 1912. — Paris 30 Juin 1931. Gaz. Pal. 1931-2-471.

(2) Com. Seine 3 Mai 1910. J. C. 1911 N° 18.346.
Paris 13 Juillet 1909. J. C. t. 59 page 424.
Rouen 26 Octobre 1928. Gaz. Palais 1929-1-59.

(3) Trib.Com. Nantes 22 Avril 1920. Rec. Nantes 1920-1-241.

Cependant la découverte d'une faute ignorée au moment de la cessation du mandat et de la fixation du salaire autorise le mandant à intenter une action en réduction du salaire convenu et en répétition d'une partie du salaire versé.

Le salaire est irréductible, s'il a été stipulé en connaissance de cause, à moins d'une faute commise par le mandataire, faute dont l'existence ne s'est révélée que postérieurement au règlement. Un arrêt de la Cour de Montpellier en date du 6 Février 1893 (D. P. 1894-2-212) avait déjà affirmé ce principe. (1)

Au contraire, rares sont les décisions judiciaires qui ont consacré l'opinion orthodoxe de l'inviolabilité des conventions librement intervenues entre parties, refusant ainsi aux Tribunaux le droit, le pouvoir de substituer leur volonté à celle des contractants et de dénaturer leurs accords sous prétexte d'interprétation.

« Attendu... qu'une convention librement consentie entre parties maîtresses de leurs droits, alors qu'il n'apparaît pas que, pour un motif quelconque, l'une se trouve vis-à-vis de l'autre en état d'infériorité, doit recevoir son application sans que le juge ait à substituer sa volonté à celle des contractants, pour

---

(1) Paris 30 Juin 1931. Gaz. Palais 1931-2-171.

restituer l'un d'eux contre l'imprudence d'un engagement qu'il regrette. » [1]

Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 27 Juin 1863, que nous reproduisons in-extenso, vu son intérêt, semble avoir fait justice des différents arguments mis en avant par la jurisprudence pour justifier son droit de contrôle. (D. P. 1863-2-164 ; S. 1863-1-249) : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ;

« Attendu... qu'il n'est justifié d'aucune manœuvre, ayant à un degré quelconque, un caractère dolosif et frauduleux, à l'aide desquels le consentement aurait été surpris ;

« Qu'ainsi la convention attaquée, dont la cause est licite et qui d'ailleurs est régulière, a été légalement formée, qu'elle est par conséquent obligatoire et que X... et consorts ne sauraient, dès lors, être fondés à demander la restitution des sommes touchées par Z... en vertu de la dite convention, ni être admis à prétendre, en reconnaissant qu'une rémunération est due à Z..., que celle qui a été librement stipulée et consentie est sujette à réduction. »

---

(1) Nancy 17 Février 1914. D. P. 1916-2-197.

« Attendu que la réduction demandée ne saurait être accueillie alors même que l'on devrait considérer le contrat intervenu entre les parties comme constituant un mandat donné par X... et consorts à Z... et la rémunération stipulée, comme le salaire de ce mandat ; qu'en effet aucune loi n'excepte le mandat de la règle générale qui fait du contrat la loi des parties contractantes, que la législation spéciale aux officiers ministériels ou publics qui ont un tarif et qui sont soumis à une certaine discipline, ne saurait être étendu aux mandataires ordinaires, et par conséquent aux agents d'affaires dont les rapports avec leurs mandants restent sous l'empire du droit commun et des conventions particulières ;

« Que, sans doute encore, si le consentement du mandant n'a pas été libre ; s'il a été obtenu a l'aide de manœuvres plus ou moins frauduleuses, les tribunaux peuvent substituer leur appréciation à celle qui n'a pas été valablement faite par les parties, mais que d'après ce qui a été constaté, rien de semblable ne se rencontre dans l'espèce... »

Dans deux arrêts très récents, la Cour d'Appel de Paris a affirmé énergiquement le principe de l'inviolabilité des conventions librement débattues en précisant que, si en matière de rétribution des agents

d'affaires le juge a la faculté de réduire la quotité du salaire, ce pouvoir ne doit pas s'exercer dans l'hypothèse où les parties ont fixé cette quotité par une convention synallagmatique émanée de leur volonté libre et réfléchie. Spécialement, il en est ainsi quand l'acquéreur d'un immeuble s'est engagé par lettres à payer à un marchand de biens diverses sommes, si exorbitantes fussent-elles et si inadéquates aux soins et labeurs fournis, pour le rémunérer de son intervention dans les négociations de vente et le défrayer des concours qu'il a utilisés. Si les Tribunaux peuvent réduire les commissions des intermédiaires, c'est à la condition ou bien que le chiffre de la rétribution n'ait pas été exactement stipulé et soit resté indéterminé ou bien qu'il soit prouvé que sans les manœuvres pratiquées par l'intermédiaire, l'autre partie n'aurait pas contracté ; dans tous les autres cas, dès lors qu'il n'est justifié d'aucun vice du consentement, il n'appartient pas aux Tribunaux d'évaluer d'une manière nécessairement arbitraire l'importance d'un service qui a été souverainement chiffré par l'accord des parties. (1)

Telles sont brièvement exposées les idées fonda-

(1) Paris 26 Nov. 1928. Gaz. Palais 1929-1-18.
Paris 1er Juillet 1929. Gaz. Palais 1929-2-973.
Voir aussi Caen 17 Déc. 1926. La loi 12 Janvier 1928.

mentales qui inspirent la jurisprudence depuis le fameux arrêt de la Cour de Cassation en date du 11 Mars 1824. En un mot, les Tribunaux semblent considérer à priori les agents d'affaires en général et les intermédiaires en fonds de commerce en particulier comme constituant une catégorie de gens suspects, mis au ban du droit commun. Dans les relations avec leurs mandants, ils sont toujours censés user de manœuvres dolosives pour amener leurs clients à accepter l'affaire qu'ils leur proposent.

Est-il permis de voir dans les deux arrêts récents de la Cour de Paris poindre l'aube d'une orientation nouvelle de la jurisprudence vers une conception plus bienveillante à l'égard des intermédiaires ? Nous le souhaitons ardemment et dans l'intérêt de la logique même et dans l'intérêt de la sécurité dans les relations d'affaires. Toujours est-il que nous ne pouvons laisser passer une occasion aussi favorable sans flétrir et critiquer l'illogisme juridique d'un pareil système.

Chapitre II

ETUDE CRITIQUE

La jurisprudence, avons-nous vu, est unanime à qualifier de mandat le contrat intervenu entre l'agent d'affaires en général et l'intermédiaire en fonds de commerce auquel nous nous intéressons tout spécialement dans cette étude et son client. Nous avons d'ailleurs, sur ce point, partagé son opinion. Nous avons constaté que les Tribunaux ne sont guère moins unanimes à s'arroger le droit de réduire les salaires stipulés, même lorsqu'ils ont été librement consentis et qu'ils résultent d'une convention claire et précise, s'ils leur paraissent excessifs et disproportionnés à l'importance du service rendu.

Dans la matière du Mandat au Code civil, existe-t-il donc un texte dérogeant, soit explicitement soit implicitement, au grand principe qui domine toute la matière des obligations, ainsi formulé dans l'article 1134 Code civil. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles

ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi » ?

Par les mots « légalement formées », ce texte vise les conventions qui sont faites conformément à la loi, c'est-à-dire qui ne sont entachées d'aucune cause de nullité. Il est impossible de mieux exprimer la force des obligations nées de l'accord des volontés que ne le font ces mots « tiennent lieu de loi ». Ils signifient que chaque contractant est lié par le contrat comme il le serait si son obligation lui était imposée par la loi. Chaque partie est donc obligée d'exécuter sa prestation, sous peine d'y être contraint par la force publique. Et si l'exécution directe n'est pas possible, elle sera condamnée à des dommages-intérêts représentant le préjudice que l'inexécution cause au créancier.

Donc le contractant ne peut se dégager de son obligation par sa seule volonté : il est définitivement et irrévocablement obligé ; les conventions ne peuvent alors être révoquées que par le consentement mutuel des parties, par un « mutuus dissensus » détruisant les effets du premier accord des volontés. Il n'en est autrement que si le contractant s'est réservé le droit de révoquer son engagement ou si la loi l'y autorise.

Dans les contrats successifs faits sans détermination de durée, par exemple dans le contrat de travail, la loi donne à chaque partie la faculté de résiliation unilatérale sous certaines conditions.

Il est facile d'en déduire que si une difficulté surgit entre les parties au sujet de l'exécution du contrat, il incombe au juge de l'interpréter au même titre qu'il interprête la loi pour dire le droit, en appliquant certaines prescriptions édictées par le Code civil. Mais, et ceci est d'une importance capitale, en aucun cas, il ne doit ni substituer sa volonté personnelle à celle des parties contractantes, ni chercher la solution dans les textes de la loi, si ce n'est au cas de silence ou d'insuffisance de clarté de la convention, le juge considèrât-il les clauses de cette convention contraires à l'équité, dès l'instant qu'elles ne sont pas interdites par la loi.

Il est même vrai de dire que la convention produit un effet plus fort que celui de la loi. En effet, ses clauses continuent à lier les parties, quand même une loi nouvelle viendrait à en modifier d'une façon générale l'effet juridique : la loi que les parties se sont imposée continue à s'appliquer entre elles, malgré les dispositions contraires postérieurement édictées par le législateur, à défaut de terme express contraire bien entendu.

Le contrat de mandat est-il donc soustrait à l'empire d'un principe aussi clair et aussi fondamental dans la matière des obligations en général ? Loin de là, les articles 1998 et 1999 Code civil disposent expressément que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné et qu'il doit lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ce paiement lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

Ce sont des considérations d'ordre sentimental et pratique qui semblent avoir inspiré cette jurisprudence. Les Tribunaux se trouvent quelquefois en présence d'abus tels dans les stipulations de salaires que, par une généralisation trop extensive, au lieu de faire la discrimination des faits dans chaque espèce, ils en sont arrivés à appliquer la même solution aussi rigoureuse qu'antijuridique à tous les agents d'affaires et dans tous les cas ou presque.

Il semble n'y avoir lieu à aucune difficulté lorsque le juge relève dans les faits de l'espèce un vice du consentement, si celui-ci a été soit arraché par

erreur, soit extorqué par violence, soit surpris par dol. Il appartient alors au juge de prononcer la nullité de la convention conformément aux art. 1109 et suivants du Code civil.

Mais les deux cas sont alors possibles. Le vice du consentement peut affecter la convention tout entière : c'est par manœuvres frauduleuses que le client a été amené à confier à un intermédiaire la négociation d'une affaire. Si donc la gestion de l'affaire a été faite dans l'intérêt exclusif du mandataire et sans aucun profit pour le mandant, le contrat est nul dans son entier et par voie de conséquence la stipulation du salaire qu'il renferme. Aucune rétribution n'est dûe au mandataire prétendu.

Mais, si malgré la fraude qui a présidé à la naissance du contrat et le vice du consentement qui en a entraîné la nullité, l'intermédiaire, en s'immisçant dans la gestion de l'affaire, a procuré quelque profit à son client et a utilement géré ses intérêts, le prétendu mandataire doit-il être privé de tout bénéfice ? Nous pensons qu'il appartient alors aux Tribunaux d'appliquer les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires et d'obliger le maître dont l'affaire a été bien administrée de rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, conformément à l'art. 1375

et au principe d'équité que nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.

Deuxième hypothèse : le mandat intervenu est exempt de tout vice du consentement, mais par des manœuvres dolosives, le mandataire est arrivé à se faire allouer un salaire excessif en simulant par exemple des dépenses et des difficultés imaginaires. Le vice du consentement peut alors n'affecter que la clause relative au salaire ; il appartiendra alors aux Tribunaux de substituer leur appréciation à la convention des parties et d'allouer au mandataire un salaire légitime fixé d'après les usages de la place et proportionné à l'importance du service rendu.

De telles décisions sont pleinement juridiques : elles ne procèdent pas d'un abus de pouvoir du juge, de l'application logique de principes essentiellement juridiques : dans le premier cas, à défaut de convention, c'est l'application du quasi-contrat de gestion d'affaires, dans le deuxième cas, de l'interprétation de la volonté des parties par le juge en l'absence d'une convention valable.

Parfois, pour motiver leur droit de contrôle du salaire stipulé dans le contrat, les Tribunaux se sont fondés sur le fait que la cause de l'obligation de rémunérer l'agent d'affaires ne prend naissance

qu'après l'exécution du mandat et que par suite elle n'avait pu être appréciée au moment où le mandat avait été conféré : « Considérant, dit un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 3 Avril 1873 (D. P. 1873-2-179) que la rémunération stipulée pour un mandat au moment où le mandat est donné, et sans qu'il ait reçu ou ait pu recevoir aucune exécution, est nécessairement susceptible d'être appréciée et revisée par le juge, par cela seul que la cause réelle de l'oblifation prise est postérieure à l'obligation elle-même et que le mandataire ne peut avoir droit à la rémunération qu'à la condition d'avoir rendu le service promis et espéré, et dans la juste mesure de l'utilité de ce service et du travail qu'il a coûté au mandataire. » [1] En d'autres termes, l'importance et l'utilité des soins d'un mandataire ne pouvant être appréciés en connaissance de cause qu'après l'exécution de ce mandat, toute convention antérieure relative au salaire est viciée dans son principe, le consentement du mandant ayant été donné dans l'ignorance des bases légitimes de la cause de l'obligation.

Ce fondement juridique apparaît à l'analyse plus subtil qu'exact. De deux choses l'une : *ou bien* on

---

(1) Lyon 5 Juillet 1929. Mon. Jud. Lyon 2 Sepembre 1930.

met dans le débat la question des vices du consentement et alors en dehors des cas où le consentement est soit vicié par l'erreur, soit extorqué par violence, soit surpris par le dol, nous sommes sur le terrain de la lésion, laquelle n'est une cause de resciscion entre majeurs que sauf exceptions formellement prévues par le Code civil. D'ailleurs, pourquoi l'obligation d'exécuter son mandat assumée par le mandataire ne serait-elle pas la cause suffisante de l'obligation de payer le salaire convenu ?

Lorsqu'il y a faute ou négligence dans l'exécution du mandat ou lorsque cette exécution a été incomplète par le fait même du mandataire, la jurisprudence, tantôt refuse tout salaire, tantôt réduit le salaire stipulé dans le contrat. Ici encore la conception de la jurisprudence ne procède pas de ce droit de souveraine appréciation et de contrôle discrétionnaire qu'elle s'accorde de plein droit, mais de l'exécution incomplète ou défectueuse du mandat. Le salaire stipulé n'est pas alors réduit, parce qu'il serait exagéré ou disproportionné avec le service rendu, mais bien à titre indemnitaire pour faute commise dans l'exécution du contrat.

Mais la jurisprudence ne s'en tient pas là. Il serait téméraire de vouloir donner une nomenclature complète des décisions judiciaires qui proclament d'une

manière absolue et générale comme un axiome de droit et dans des formules succinctement péremptoires et non motivées, la faculté pour les Tribunaux de réduire le salaire stipulé par l'agent d'affaires lorsque ce salaire est hors de proportion avec les soins donnés et le service rendu, depuis le fameux arrêt de la Cour de Cassation du 11 Mars 1824 ainsi cinçu : « En déclarant que tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et à règlement par le juge, l'arrêt n'a violé aucune loi ». La Cour de Cassation semble même avoir dépassé le stade de l'appréciation arbitraire dans un arrêt récent en date du 3 Décembre 1929 en proclamant en termes dénués de toute équivoque que : « Lorsqu'un salaire de 5 % a été promis à un agent d'affaires en cas de vente d'un fonds de commerce, l'arrêt qui alloue cette commission à celui-ci pour l'unique motif que la convention fait la loi des parties, manque de base légale, alors que la décision des premiers juges avait réduit le salaire à 1 % en égard au rôle effectivement joué, suivant eux, par l'intermédiaire. » (1)

Aussi la doctrine s'élève-t-elle avec vigueur contre cette jurisprudence. Nulle part la loi n'a créé un

---

(1) Cour de Cassat. 3 Décembre 1929. Gaz. Palais 1930-1-30.

droit spécial applicable aux agents d'affaires et nul texte n'exclut, en ce qui les concerne, l'application du principe fondamental inscrit dans l'article 1134, que la Convention fait la loi des parties. Ce droit de revision en est une violation manifeste. Comme le dit Laurent : « Si les conventions sont une loi pour les parties, elles sont aussi une loi pour le juge ; il est appelé à exécuter les contrats et non à les modifier, aucune considération d'équité ne l'y autorise. Quand il y a des raisons pour permettre au juge de modifier les conventions, c'est au législateur, et à lui seul, de voir si l'équité doit l'emporter sur le droit strict... Quelque inique que paraisse une convention, le juge doit l'exécuter. Le législateur laisse aux parties le soin de veiller à leurs intérêts et généralement elles le font avec plus d'exactitude et d'intelligence que ne le ferait le juge... Que si les parties se trompent elles doivent s'en prendre à leur négligence, la loi ne vient pas au secours de ceux qui négligent leurs intérêts. Ces principes reçoivent leur application au salaire conventionnel.... La convention fait la loi des parties quelque excessif que paraisse le salaire... Les parties l'ont voulu ainsi... cela est décisif. » (1)

---

(1) Principe de droit civil français T. 27 N° 347 et suiv.

En décrétant une pareille entorse à un principe fondamental de notre Code Civil, en dehors d'un texte formel les y autorisant, les Tribunaux ne commettent pas autre chose qu'un abus de pouvoir absolument inexcusable, contraire à la loi et au principe de la liberté des conventions qu'elle consacre, surtout lorsque le consentement des parties a été absolument libre, que la stipulation des honoraires est exempte de toute manœuvre dolosive ou frauduleuse et que l'agent d'affaires a intégralement rempli la mission qu'il avait assumée. A fortiori, lorsque le mandat conféré au mandataire, comme il est fréquent, présente un caractère aléatoire, que le bon de commission stipule que le salaire n'est dû que si la vente intervient par l'entremise ou sur les indications de l'intermédiaire, et que dans le cas contraire il ne sera rien dû à l'agent, l'équité même devrait suffire à faire échapper l'intermédiaire à la réduction et à inciter le juge à assurer le respect de la convention.

D'ailleurs, le système jurisprudentiel ne va pas sans présenter de graves dangers dans la pratique. N'est-il pas en quelque sorte une prime à la mauvaise foi, en suggérant aux parties bien renseignées sur la tendance des Tribunaux, la tentation de revenir sur les engagements librement pris et de manquer ainsi à la

bonne foi des contrats à laquelle peut prétendre l'intermédiaire au même titre que tout autre contractant ?

Enfin, exposés à ne trouver auprès des Tribunaux qu'un accueil peu sympathique et pour se prémunir contre le danger probable d'une réduction de leur salaire, les intermédiaires sont naturellement poussés à se faire verser d'avance des provisions dont ils ne délivrent pas reçu. Evidemment, à raison du caractère commercial de l'obligation assumée par les mandataires, les mandants sont autorisés à prouver par témoins et par présomptions, la réalité des versements allégués, mais trop souvent cette tentative sera vouée à un échec certain. Il s'ensuit un malaise général dans les relations d'affaires auquel il est facile et souhaitable de mettre un terme.

Bref, les Tribunaux perdent souvent de vue la véritable situation de l'intermédiaire, les risques et les aléas inhérents à sa profession, le grand nombre d'affaires qu'il entreprend pour n'en réussir que quelques-unes, l'importance de ses frais généraux, toutes considérations qui sont entrées dans le calcul de la commission stipulée au moment où elle fut discutée et convenue. De là des appréciations dérisoires du salaire dû à l'agent d'affaires.

Notre conclusion est que la Jurisprudence aurait

mieux à faire qu'à appliquer des théories aussi artificielles que celles de la gratuité du mandat et de l'insuffisance de la cause. Si elle se contentait de vérifier avec une grande sévérité les conditions dans lesquelles s'est formé le contrat et spécialement s'est donné le consentement du mandant, elle satisferait au vœu de la loi et de la justice. Ou bien alors, soit qu'on rétablisse la taxe des agents d'affaires, comme dans l'Ancien Droit, soit qu'on introduise entre majeurs la rescision des conventions pour cause de lésion, c'est l'œuvre du législateur.

Vu :

Le Président de la thèse,

ROGER LENOAN.

Vu :

Le Doyen,

CH. BODIN.

Vu et permis d'imprimer.

RENNES, le 25 Mai 1934.

Le Recteur,

DAVY.

BIBLIOGRAPHIE

Annales de droit commercial. — Page 1897.

AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français : passim.

Almanach HACHETTE, année 1898.

BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL. — Du contrat de Louage : Passim.

BAUDRY, LACANTINERIE. — Précis de droit civil, tome 2.

BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL. — Traité du Mandat.

BERTHELOT. — Grande encyclopédie : Agence.

CAPITANT. — Introduction à l'étude de droit civil.

CAZAGNES. — Thèse 1898 (Paris).

COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 3e édition.

COLIN et CAPITANT. — Traité de droit civil, tome 2. Page 707. 3e édition.

COQUILLE. — Questions et réponses sur les coutumes de France.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique. Tome VIII. N° 201 bis.

Digeste. — Passim.

A. FABRE. — Des courtiers. — Tome I.

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil : Passim.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Journal Officiel.

Javolenus : Dig. h. t. 36 I.

La Loi.

LAROMBIERE. — Théorie et pratique des obligations, tome I.

LAURENT. — Principes de droit civil français, T. 27.

LIOUVILLE. — Profession d'avocat.

MONTAIGNE. — Essais. Livre I, Chapitre 24.

MOLLOT. — Règles de la profession d'avocat.

Office du Travail. — Le Placement, page 46.

E.-H. PERREAU. — Revue trimestrielle de droit civil 1912.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil. T. 2.

PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français. Passim.

POTHIER. — Traité du contrat de mandat. Chap. 1, Sect. 2. Art. 3. N° 22.

PONT. — Des petits contrats.

Recueil périodique de DALLOZ.

Revue pratique du Notariat. Année 1881.

ROQUE. — Thèse 1902 (Paris).

Revue de législation 1846.

SIREY.

TROPLONG. — Du mandat.

TABLE DES MATIÈRES

TITRE PRÉLIMINAIRE

Chapitre I. — NOTIONS DOCUMENTAIRES.

Chapitre II. — DIVERSITÉ ACTUELLE.

Chapitre III. — AGENTS D'AFFAIRES DEVANT L'OPINION PUBLIQUE.

Chapitre IV. — NATURE DU CONTRAT LIANT L'INTERMÉDIAIRE AU CLIENT.

TITRE PREMIER

Responsabilité de l'intermédiaire en fonds de commerce

Chapitre I. — RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE.

Chapitre II. — RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE. APPLICATIONS PRATIQUES.

Appendice. — RESPONSABILITÉ AU CAS DE DISSIMULATION DU PRIX DANS LES VENTES DE FONDS DE COMMERCE.

TITRE DEUXIÈME

Réductibilité du salaire de l'agent d'affaires et spécialement de la commission dûe à l'intermédiaire en fonds de commerce

Chapitre I. — LE DROIT AU SALAIRE.

Chapitre II. — RÉDUCTIBILITÉ DES SALAIRES DE L'AGENT D'AFFAIRES ET SPÉCIALEMENT DE L'INTERMÉDIAIRE EN FONDS DE COMMERCE.

Section I. — EXAMENS DOCTRINAL ET JURISPRUDENTIEL.

a) LA DOCTRINE.

b) LA JURISPRUDENCE.

Section II. — ETUDE CRITIQUE.